

FACULDADE DAMÁSIO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO
COM ÊNFASE EM GESTÃO PÚBLICA

THIAGO SOARES PEREIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

SÃO PAULO/SP

2017

FACULDADE DAMÁSIO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO
COM ÊNFASE EM GESTÃO PÚBLICA

THIAGO SOARES PEREIRA

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Monografia apresentada à Faculdade Damásio, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em (Direito Público com Ênfase em Gestão Pública), sob orientação da professora (Juliana Hernando de Souza Zamora).

SÃO PAULO/SP

2017

THIAGO SOARES PEREIRA

**A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

TERMO DE APROVAÇÃO

Esta monografia apresentada no final do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em (Direito Público com Ênfase em Gestão Pública), na Faculdade Damásio, foi considerada suficiente como requisito parcial para obtenção do Certificado de Conclusão. O examinado foi aprovado com a nota _____.

São Paulo, 09 de março de 2017.

Agradeço e dedico esta obra primeiramente a Deus que é o meu pilar maior. À minha família que me apoiou e é responsável por cada conquista em minha vida, acompanhando e direcionando meus passos, em especial meus pais, meus irmãos e minha avó Aurina.

À minha filha Eduarda, meu bem maior, amor incondicional, que me dá forças para lutar e buscar caminhos melhores.

À minha esposa Camila, mãe da minha joia, que soube ser paciente e companheira nas dificuldades impostas por esse momento e me auxiliou em todos os instantes.

“Os filósofos limitaram-se a interpretar o mundo de diversas maneiras; o que importa é modificá-lo”. (Karl Marx)

RESUMO

Na presente obra, propõe-se uma análise detalhada acerca da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que passou a permitir novamente a execução provisória da pena após a decisão condenatória proferida pela segunda instância. Trata-se de tema polêmico e que divide opiniões tanto na doutrina e quanto na jurisprudência, causando disputas acirradas na Corte Suprema. A premissa maior da polêmica gira em torno do princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade), debatendo-se se sua relativização permitiria a antecipação da pena antes do trânsito em julgado, ou seja, se tal juízo fere ou não o núcleo essencial desse princípio. Desse modo, busca-se neste trabalho verificar a validade da decisão do Supremo Tribunal Federal sob os aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional contemporânea, que envolvem a teoria da ponderação e da argumentação como premissas para resolução de casos difíceis. Assim, o trabalho foi desenvolvido em três capítulos. No primeiro, são abordados os aspectos gerais dos direitos fundamentais, a teoria absoluta e relativa dos princípios, bem como a colisão entre normas fundamentais e a relativização do princípio da presunção de inocência. No segundo, analisa-se o atual modelo de atuação do Supremo, explorando-se as influências do neoconstitucionalismo na hermenêutica contemporânea e na resolução de casos difíceis. No terceiro, estuda-se detalhadamente a oscilação da jurisprudência na Excelsa Corte, acerca da relativização do princípio da presunção de inocência, no que se refere à execução provisória da pena, confrontando as decisões contrárias e favoráveis, apresentando inclusive as de Ministros que alteraram seu posicionamento e como a composição do STF e os ideais do neoconstitucionalismo têm influenciado nas soluções apresentadas pelos magistrados. Por fim, faz-se uma análise geral acerca do *decisum*, a fim de se verificar qual é de fato o melhor posicionamento, quais as tendências da hermenêutica sobre o direito constitucional e penal, no que se refere ao princípio da presunção de inocência e se há uma tendência a se adotar o direito penal do inimigo no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Casos Difíceis; Colisão Entre Normas; Direito Penal do Inimigo; Direitos e Garantias Fundamentais; Execução Provisória; HC n. 68.726/DF; HC 84.078/MG; HC 126.292/SP; Hermenêutica Constitucional; Mutação Constitucional; Neoconstitucionalismo; Presunção de Inocência; Relativização; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

In the following work it is proposed a detailed analysis about the recent decision of the Federal Supreme Court that allowed again the provisional execution of the sentence after the conviction handed down by the second instance. It is a controversial subject that divides opinions both in doctrine and in jurisprudence, causing fierce disputes in the Supreme Court. The major premise of the controversy revolves around the principle of presumption of innocence (or non-guilt), debating whether its relativization would allow the anticipation of the sentence before finality, that is, whether or not it violates the essential core of this principle. Thus, this paper seeks to verify the validity of the decision of the Federal Supreme Court under aspects of the general theory of fundamental rights and contemporary constitutional hermeneutics, which involve the theory of pondering and argumentation as premises for solving difficult cases. In this way, the work was developed in three chapters. The first deals with the general aspects of fundamental rights, the absolute and relative theory of principles, as well as the collision between fundamental norms and the relativization of the principle of presumption of innocence. In the second, we analyze the current model of the Supreme's performance, exploring the influences of neo-constitutionalism in contemporary hermeneutics and solving difficult cases. In the third section, we study in detail the fluctuation of jurisprudence in the Court, regarding the relativization of the principle of presumption of innocence, regarding the provisional execution of the sentence, confronting contrary and favorable decisions, including those of Ministers who have altered their Position and how the composition of the STF and the ideals of neoconstitutionalism have influenced the solutions presented by the magistrates. Finally, a general analysis is made of the *decisum*, in order to verify what is in fact the best position, what the hermeneutic tendencies on constitutional and criminal law, which refers to the principle of presumption of innocence and if there is a tendency to adopt the criminal law of the enemy in the legal order of the country.

Key-words: Judicial Activism; Difficult Cases; Collision Between Standards; Criminal Law of the Enemy; Fundamental Rights and Guarantees; Provisional Execution; HC n. 68.726/DF; HC 84.078/MG; HC 126.292/SP; Constitutional Hermeneutics; Constitutional Mutation; Neo-constitutionalism; Presumption of Innocence; Relativization; Federal Court of Justice.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Ipea	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LEP	Lei de Execução Penal
PEN	Partido Ecológico Nacional
QO na APn	Questão de Ordem na Ação Penal
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NÃO CULPABILIDADE)	10
1.1 Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais.....	10
1.2 Colisão entre normas fundamentais e o Instituto da Ponderação (Sopesamento)	22
1.3 Teoria relativa x Teoria absoluta	29
1.4 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade	33
CAPÍTULO II – O ATUAL MODELO DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	47
2.1 Papel do Supremo Tribunal Federal no Direito Constitucional Contemporâneo	47
2.2 Influências do Neoconstitucionalismo na hermenêutica contemporânea.....	59
2.3 Hermenêutica constitucional contemporânea.....	67
2.4 Judicialização, Ativismo Judicial e Mutação Constitucional na resolução de casos difíceis	80
CAPÍTULO III: A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO STF	89
3.1 A oscilação da jurisprudência do tema no STF	89
3.2 Teses favoráveis no HC 126.292/SP	102
3.3 Teses Contrárias no HC 126.292/SP	119
3.4 Considerações gerais finais acerca do novo posicionamento do STF	127
CONCLUSÃO.....	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

INTRODUÇÃO

A relativização do princípio da presunção de inocência (ou não culpabilidade) é um tema bastante polêmico, que abre brecha para diversas discussões e teve sua aplicabilidade modificada diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, alterando significadamente a vida dos jurisdicionados no âmbito do direito penal, principalmente no que concerne ao direito de recorrer em liberdade e a exigência de esgotamento de todas as instâncias para início da execução da pena.

Até o ano de 2009 imperava o entendimento de que a execução provisória da pena poderia iniciar-se após a decisão condenatória de segundo grau. Entretanto, no referido ano, nos autos do *Habeas Corpus* 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, o Supremo alterou seu entendimento acerca do tema, definindo que a execução da pena antes do trânsito em julgado violava o princípio previsto no art. 5º, LVII, CF/88, de forma que o início do cumprimento da pena somente se daria após o esgotamento de todas as instâncias e de todos os recursos cabíveis. Tal entendimento perdurou até o ano de 2016.

Temas como o paradigma da sensação de impunidade, o descrédito no Poder Judiciário, a seletividade judicial, a morosidade processual, a infinita interposição de recursos inadmissíveis e protelatórios e a ineficácia penal, associados ao fato de serem os Juízos de 1º e 2º graus soberanos na análise fático-probatória e Superior Tribunal de Justiça e Supremo serem uniformizadores da jurisprudência, sendo-lhes vedada a análise de provas e fatos, fez com que a Excelsa Corte, no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, alterasse seu entendimento, tendo relativizado o princípio da presunção de inocência e permitido que a execução provisória da pena tenha início com a decisão de segunda instância.

Tal decisão logo teve grande repercussão, gerando satisfação para uns e inconformismo para outros. Nesse cenário, O Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade no STF (ADCs 43 e 44), com pedido liminar, que visavam o reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal. Ao julgar os feitos, o Supremo manteve a decisão exarada no HC 126.292/SP e indeferiu as liminares pleiteadas, entendendo que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Cabe ressaltar que em ambos os julgados a disputa foi acirrada, resultando em votos brilhantes tanto favoráveis quanto contrários, o que acaba por criar uma incerteza sobre qual seria o posicionamento mais adequado ao ordenamento jurídico pátrio e ao atual momento vivenciado pela sociedade, sendo, portanto, o objeto principal dessa pesquisa.

Desse modo, e com base no exposto, será buscada, por meio da pesquisa a ser realizada, a resposta da seguinte pergunta: a execução provisória da pena afronta o princípio da presunção de inocência?

Para se chegar a uma conclusão completa e válida acerca do tema, foram analisados diversos pontos que circundam tal polêmica tais como: teoria absoluta e a relativização de princípios e de direitos constitucionais; relativização do princípio da presunção de inocência; teorias favoráveis e contrárias à execução provisória da pena; o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e o seu atual modelo de atuação; influências do neoconstitucionalismo e tendências do transconstitucionalismo na hermenêutica contemporânea. Sob tais prismas foram analisados tanto os posicionamentos favoráveis como contrários dos Ministros da Suprema Corte, a fim de se verificar se a antecipação da pena pode ou não ser considerada válida no ordenamento jurídico pátrio.

CAPÍTULO I - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (NÃO CULPABILIDADE)

1.1 Aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais

O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, haja vista a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca de sua denominação, provém do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sobre tal preceito fundamental sempre houve muitos debates e discussões, o que acabou por gerar uma certa instabilidade jurídica, já que seu grau de aplicabilidade e seu âmbito de proteção vêm sofrendo mudanças hermenêuticas, de maior e menor intensidade, ao longo dos anos de vigência da Carta Magna.

Nesse aspecto, a fim de melhor entender tal variação, faz-se necessário compreender os aspectos gerais dos direitos e garantias fundamentais, já que a relativização de um princípio demanda uma análise aprofundada de seus conceitos, funções, características e objeções.

Os direitos e garantias fundamentais surgiram em defesa da condição humana em relação ao Estado, que detinha o poder autoritário e arbitrário sobre os indivíduos, cerceando assim sua liberdade. Nesse contexto, os primeiros direitos fundamentais nascem com o intuito de limitar e controlar o poder Estatal abusivo em relação à liberdade individual, de forma que se institui um dever negativo de não fazer do Estado, os denominados direitos e liberdades negativos ou direitos de defesa. (Paulo; Alexandrino, 2015)

Gilmar Mendes (2015) destaca que o cristianismo exerceu papel fundamental no impulso para positivação dos direitos fundamentais, ao considerar que a dignidade única do homem enseja proteção especial e que a natureza humana possui alto valor intrínseco, condição essa concedida ao homem por ser a imagem e semelhança de Deus e por ter tido seus pecados redimidos por Deus ao assumir a forma humana.

Segundo ensina J. J. Gomes Canotilho (*apud* Paulo; Alexandrino, 2015), a positivação dos direitos fundamentais teve início, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, na Revolução Francesa, bem como na Declaração de Direitos pelos Estados Americanos, em 1776, quando declararam independência da Inglaterra, dando origem, por conseguinte, às Constituições liberais dos Estados ocidentais dos Séculos XVIII e XIX. Nesse mesmo sentido

expõe Gilmar Mendes (2015):

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação - o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

Essas ideias tiveram decisiva influência sobre a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração francesa, de 1789. Talvez, por isso, com maior frequência, situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o Bill of Rights de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.

Deste modo, resta claro que os direitos e garantias fundamentais foram concebidos com o intuito de garantir ao indivíduo proteção dos atos abusivos do Estado, de forma a lhe garantir, a priori, liberdade e direitos básicos, o que, como se observa, somente passou a ser positivado após mudanças drásticas no vínculo existente entre Estado e Cidadão. Bobbio (*apud* Mendes, 2015) assevera que “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos”, de forma que se priorizam cada vez mais os direitos dos cidadãos e não mais os direitos Estatais Soberanos. Portanto, passa-se a definir, primeiramente, os direitos dos indivíduos e, após, seus deveres perante o Estado, sendo que os direitos estatais terão como baliza o objetivo de melhor atender às necessidades dos indivíduos. (Mendes, 2015)

Esse primeiro período de surgimento de preceitos fundamentais do indivíduo foi denominado direito de primeira geração, que, como visto, aborda os direitos fundamentais que surgiram nas Revoluções Francesa e Americana e visam a proteção do homem individualmente em relação aos abusos do Estado. Com a evolução histórica, outras gerações de direitos surgem com o intuito de proteger outros âmbitos e não só o individual, sendo que a doutrina diverge em certo ponto até que geração os direitos já evoluíram, se apenas até a terceira ou se já alcançou a quinta ou sexta.

Tradicionalmente, a doutrina reconhece de forma pacífica três gerações correspondentes aos lemas da Revolução Francesa: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração).

Os direitos de segunda geração decorrem dos problemas sociais causados pela industrialização e pelo liberalismo estatal, surgindo, então, no seio da revolução industrial europeia, com o anseio de diminuir as desigualdades sociais por meio de prestações positivas do Estado em relação aos direitos coletivos ou de coletividade, em seu âmbito social, cultural e econômico. (Lenza, 2015). Complementa Gilmar Mendes (2015):

São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais - como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social - na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Já os denominados direitos de terceira geração estão associados à titularidade coletiva ou difusa do direito, ligados à solidariedade e à fraternidade. Surgem com a finalidade de proteger não o indivíduo em si, mas sim a coletividade das mudanças causadas pela própria evolução do homem nas relações econômico-sociais, exigindo-se um meio ambiente equilibrado, vida saudável e pacífica, progresso, autodeterminação dos povos e avanços tecnológicos.

Há doutrinas que, ante ao vasto número de direitos positivados e ao surgimento de novos bens jurídicos a serem tutelados, pregam a existência de outras gerações de direitos, o que pelo menos, por enquanto, não está consolidado doutrinariamente ou juridicamente. Talvez o de quarta geração seja o que tem sido mais bem aceito e vem se consolidando, haja vista que estão intrinsicamente ligados à globalização e aos avanços tecnológicos, sobretudo no que se refere à engenharia genética, conforme apresentado por Pedro Lenza (2015) e Uadi Lammêgo Bulos (2015). Tais doutrinadores defendem também uma quinta geração, a qual estaria ligada ao direito da paz, sendo que Bulos aponta ainda uma sexta geração, que se refere ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo político.

Outro ponto controverso é a denominação dada a cada momento, se o correto seria gerações, famílias ou dimensões, tendo como principal ponto de debate o fato de a terminologia determinar a extinção ou perpetuidade dos direitos a cada novo momento evolutivo. Nesse aspecto, a minguagem de uma explanação aprofundada, destaca-se que a sucessão de direitos não deve levar ao entendimento que o anterior foi eliminado. Conforme

preceitua Gilmar Mendes (2015), os direitos persistem válidos e em conjunto com os que surgem posteriormente, sendo certo que, a depender do momento histórico, ele pode sofrer mutações no seu sentido e aplicabilidade, *in verbis*:

Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito à propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente. Os novos direitos não podem ser desprezados quando se trata de definir aqueles direitos tradicionais.

Impende salientar que, em conjunto normativo com os direitos fundamentais, há também as garantias fundamentais, que não se confundem com aqueles, pois são instituídas com o dever precípua de assegurar e proteger os direitos positivados, conforme preceitua Alexandre de Moraes (2015), nos dizeres de Rui Barbosa:

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Seguindo a evolução história, e dada a importância que lhes foi atribuída, os direitos fundamentais passaram a ser preceito basilar de proteção da dignidade da pessoa humana, sendo essencial a sua positivação na lei maior dos Estados (Constituição), a fim de lhes garantir maior eficácia, vinculação e proteção. Outrossim, o fato de estarem prescritos no texto constitucional faz com que disciplinem todo o ordenamento jurídico e obriguem os Poderes estatais a atuarem de acordo com seus preceitos e mandamentos, de forma a garantir a sobrevivência e o convívio harmônico entre os cidadãos, assegurando a instituição do Estado Democrático de Direito e a formação do constitucionalismo.

Uadi Lammêgo Bulos (2015) afirma que os direitos fundamentais têm como essência a proteção da dignidade da pessoa humana e que a constituição é sua fonte de validade,

consistindo no “conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentes de credo, raça, cor, condição econômica ou *status* social”, ou seja, é imprescindível para o homem viver, conviver e sobreviver.

Gilmar Mendes (2015), por sua vez, consigna que a evolução constitucional deve-se a consolidação dos direitos fundamentais como núcleo essencial de proteção da dignidade humana e da afirmação da constituição como local adequado a sua positivação, de forma que concorreram no tempo a instituição da constituição como norma suprema de um ordenamento jurídico e a percepção de sua aptidão para resguardar os maiores valores humanos, *in verbis*:

“O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.”

Os direitos fundamentais, como norma constitucional, passam a ser elementos basilares para formação e atuação do Estado. Conforme dispõe Odone Sanguiné (2014), “os ‘direitos fundamentais’ da pessoa humana configuram limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependam e se traduz como um desdobramento necessário da concepção de Estado Democrático de direito”, acrescentando, ainda, que na democracia esses direitos são garantias aos fundamentos do ordenamento Jurídico.

Nesse diapasão, pondera-se que os direitos fundamentais, enquanto princípios e detentores de maior relevância jurídica, são alicerces para a formação e direcionamento do ordenamento jurídico, tendo em vista que determinam as diretrizes do sistema para validade das normas deles derivadas, assim como são referências imprescindíveis na interpretação normativa. Ademais, destaca-se que tais princípios podem estar expressos ou implícitos na Constituição, não interferindo, esta última condição, na sua validade. (Antunes, 2013)

No que se refere à positivação e à normatização de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, torna-se imprescindível tratar do desdobramento dessas normas em princípios e regras, visto que as peculiaridades existentes entre essas subespécies normativas

são essenciais ao entendimento e fundamentação da teoria dos direitos fundamentais. Nas palavras de Robert Alexy (2015), “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”, pois tal separação é essencial para uma teoria adequada de restrição, para soluções satisfatórias das colisões, bem como para delinear suficientemente acerca do papel dos direitos fundamentais.

Inicialmente, cabe salientar que essa segregação é complexa e polêmica, possuindo, por essas razões, divergências doutrinárias e diversos critérios de análise. Nesse contexto, é imperioso definir que é necessária, para a harmonia e manutenção do sistema estatal, a existência tanto de princípios como de regras. Conforme preceitua Humberto Ávila (*apud* Lenza, 2015), não há um grau de importância maior ou menor para um ou para outro, ou seja, inexistente hierarquia entre princípios e regras, visto que um sistema formado apenas por princípios tende a ser mais flexível, ante sua generalidade e a falta de mandamentos comportamentais bem definidos. Por outro lado, um sistema formado apenas por regras tenderia a ser totalmente rígido, em razão da falta de flexibilidade para solução das particularidades de determinados casos concretos.

Alexy (2015), ao afirmar que existem diversos critérios de distinção, aponta como o mais frequente o da generalidade, que diferenciará os princípios das regras, atribuindo a estas baixo grau e àqueles alto grau de generalidades. Os demais critérios para formulação das teses seriam a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica, a importância para a ordem jurídica e, ainda, o fato de os princípios serem razões para regras ou serem eles regras ou o fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento, sendo possível a definição de três teses a partir de tais critérios, quais sejam: a) “toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes (...) seria (...) fadada ao fracasso”; b) aceita “que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios”, havendo diferenciação apenas de grau; e c) a que entende ser a correta, a que leciona que “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa”.

Entretanto, em que pese entenda ser esta última a mais apropriada, o doutrinador avança um pouco mais e estabelece mais um critério, denominado “mandamentos de otimização”, o qual permite uma diferenciação mais precisa, estabelecendo um ponto decisivo na distinção, vejamos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.²² Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização,²³ que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.²⁴

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.²⁵ Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.²⁶ Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²⁷

Luiz Roberto Barroso (2015), por sua vez, consigna que a distinção qualitativa dessas espécies normativas e a atribuição de normatividade aos princípios são fundamentais ao constitucionalismo e ao ordenamento jurídico contemporâneo, asseverando que essencialmente os princípios são elementares para a concretização de valores no mundo jurídico e no ordenamento pátrio, de modo a influenciar na interpretação e aplicação das normas e na leitura moral do direito. Aduz que estão consagrados na doutrina diversos critérios de diferenciação, mas os reduz a apenas três, sendo eles o conteúdo, a estrutura normativa e o modo de aplicação, e conclui que reside neste último a principal distinção entre regras e princípios, nos seguintes termos:

Regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*; ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o feito previsto⁶⁷. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inatividade; adquirindo o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. Se não for aplica à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são *mandados ou comandos definitivos*⁶⁸: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida⁶⁹. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos⁷⁰.

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Alguns exemplos: a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão frequentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo *status* hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na

situação específica⁷¹. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada.

Por fim, corroborando com o critério estabelecido por Alexy, Barroso afirma que é por conta da necessidade de o intérprete ter que recorrer à ponderação de princípios e fatos relevantes, que se diz que os princípios são mandados de otimização, ou seja, “devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presente na hipótese”, possuindo, portanto, caráter *prima facie*.

Diferentemente das regras, os princípios possuem caráter *prima facie*, pois não possuem mandamentos definitivos, podendo sua extensão variar caso a caso de acordo com a situação fáticas e os princípios colidentes. As regras, por sua vez, são desprovidas dessa característica, uma vez que possuem mandamentos e extensão bem determinados, de forma que aquilo que é prescrito terá validade quando se aplicar a situações práticas e jurídicas dispostas, caso contrário, sendo impossível sua aplicabilidade, estaremos diante de uma falha na sua extensão. (Alexy, 2015).

Nesse panorama, mostra-se evidente que a segregação dos conceitos jurídicos e doutrinários das regras e dos princípios é imprescindível ao desdobramento dos demais ensinamentos acerca da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo quando se analisa e interpreta a relativização de um determinado princípio em relação a outros prescritos no ordenamento jurídico pátrio.

É imperioso registrar, também, a existência de valores no ordenamento jurídico. Alguns autores defendem que há pouca ou nenhuma diferença entre princípios e valores, dadas as suas características. No entanto, é certo que, embora muito semelhantes, princípios e valores têm uma diferença fundamental e que pode ser considerada como critério para sopesamento e interpretação das normas no ordenamento jurídico.

Os princípios e valores estão intimamente ligados, sobretudo no que tange à colisão e sopesamento e à sua realização gradual. A grande diferença existente entre eles sustenta-se no fato de que os princípios são de conceito deontológico (dever, proibição, permissão), detêm mandamentos mais concretos e direcionados – mandamentos de otimização –, ao passo que os valores são de conceito axiológico (conceito do que é bom), tendo sua variedade estabelecida pela diversidade de critérios utilizados para determinar o quanto algo é bom. Em síntese, o primeiro determinará que algo é um valor, enquanto o segundo definirá que algo tem um valor. (Alexy, 2015).

No âmbito normativo constitucional, Robert Alexy (2015) ensina que o juízo de valor que tem melhor aplicabilidade é o comparativo, o qual estabelecerá entre dois objetos qual tem mais valor ou se ambos têm o mesmo valor. Em tal definição, é imprescindível para a formação do valor o estabelecimento de ao menos dois critérios para se definir qual tem maior importância, os denominados critérios de valoração, já que, se estabelecido apenas um critério, este terá a mesma aplicabilidade rígida da regra, constituindo regra de valoração, a qual induz a uma aplicação sem sopesamento. Ato contínuo, conclui que, apenas após uma valoração global de todos os critérios válidos, é que se pode afirmar o que é definitivamente melhor em relação ao outro, a todos ou apenas *prima facie*, reduzindo a diferença entre valores e princípios a um ponto: “aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido”, sendo que se deve dar preferência aos princípios, por provocarem menos interpretações equivocadas.

Acrescente-se, que independente do modelo adotado, os valores subsistem no ordenamento jurídico, inclusive o transcende, já que são de extrema importância para a hermenêutica constitucional, consubstanciada nos anseios sociais, que devem ser atendidos pelo Estado. (Antunes, 2013). Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos delineia que os valores “expressam aqueles objetivos que devem ser alcançados pelo ordenamento jurídico e que representam o consenso de todos, é dizer, expressam um sentimento comum a toda sociedade. Os valores são mutáveis, pois eles têm necessidade de se acomodarem às novas realidades.” (*apud* Antunes, 2013).

Esse sistema de valores é denominado dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O âmbito subjetivo corresponde à exigência de proteção (ação negativa) ou de exigência de prestação (ação positiva) do indivíduo em relação ao Estado. A perspectiva objetiva coloca o significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional e como valores basilares do Estado Democrático de direito, tendo como premissa básica orientar a atuação dos Poderes Públicos, além de exigir do Estado que adote medidas que promovam e protejam, efetivamente, os direitos fundamentais. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015) resumem que, na dimensão objetiva, “os direitos fundamentais sintetizam valores básicos da sociedade e seus efeitos irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, alcançando e direcionando a atuação dos órgãos estatais.”

Nesse mesmo sentido, são os ensinamentos de Gilmar Mendes (2015), que afirma,

inclusive, que a perspectiva objetiva transcende a proteção individual dos direitos fundamentais, formando valores sociais básicos:

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático ¹²¹.

Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis.

Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos ¹²².

Desse modo, evidente que, na interpretação constitucional, os poderes públicos devem buscar a máxima aplicação de um princípio, respeitando os valores instituídos, a fim de melhor atender seus cidadãos e protege-los de abusos estatais, garantindo assim a ordem e o Estado democrático de direito.

Outro aspecto importante acerca dos direitos fundamentais diz respeito às suas características. Bulos (2015) lista as seguintes:

- Históricos** — derivaram de longa evolução, participando de um contexto histórico perfeitamente delimitado. Nasceram, morreram e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender das circunstâncias. Exemplo: direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII).
- Universais** — ultrapassam os limites territoriais de um lugar específico para beneficiar os indivíduos, independentemente de raça, credo, cor, sexo, filiação etc. Exemplo: princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput).
- Cumuláveis** (ou concorrentes) — podem ser exercidos ao mesmo tempo. Exemplo: direito de informação e liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e XXXIII).
- Irrenunciáveis** — podem deixar de ser exercidos, mas nunca renunciados. Exemplo: não ajuizamento do mandado de segurança, algo que não o retira da Constituição (CF, art. 5º, LXIX).
- Inalienáveis** — são indisponíveis. Os seus titulares não podem vendê-los, aliená-los, comercializá-los, pois não têm conteúdo econômico. Exemplo: a função social da propriedade não pode ser vendida porque não corresponde a um bem disponível (CF, art. 5º, XXIII).
- Imprescritíveis** — não prescrevem, uma vez que não apresentam caráter patrimonial. Exemplo: direito à vida (CF, art. 5º, caput).
- Relativos (ou limitados)** — nem todo direito ou garantia fundamental podem ser exercidos de modo absoluto e irrestrito, salvo algumas exceções.

Alexandre de Moraes (*apud* Paulo; Alexandrino, 2015) ainda define como características dos direitos fundamentais a inviolabilidade “(impossibilidade de sua não

observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas)”, a efetividade “(a atuação do poder público deve ter por escopo garantir a efetivação dos direitos fundamentais)”, a interdependência “(as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades (...))” e a complementariedade “(os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte)”.

Outra propriedade de grande valia dos direitos fundamentais é a sua aplicabilidade imediata, que está inclusive positivada na Constituição Federal de 1988, no § 1º do artigo 5º, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O que se busca nessa característica é atribuir aos direitos fundamentais um caráter preceptivo, e não apenas programáticos, de forma que regulam e podem ser soluções diretas das relações jurídicas. Com relação a essa característica deve-se ter cautela ao afirmar que sua aplicação será sempre imediata, já que no ordenamento jurídico pátrio temos normas de aplicação plena (aplicam-se de imediato e não são restringíveis), normas contidas (aplicam-se de imediato, mas podem ser restringidas pelo legislador) e normas limitadas (que dependem de complementação para produzir efeitos), de forma que há normas relativas a direitos fundamentais que não são autoaplicáveis. (Mendes, 2015).

Não menos importante é o caráter vinculante dos direitos e garantias fundamentais em relação aos poderes executivo, legislativo e judiciário, que devem atuar em conformidade com os direitos fundamentais para serem considerados válidos.

A vinculação legislativa consiste não só em exigir do legislador que edite normas em conformidade com os direitos fundamentais, mas também regularmente aquelas de dependem de concretização, devendo atuar de forma razoável e em respeito ao núcleo essencial do direito, a fim de não tornar impraticável o exercício do direito. Nesse aspecto, acrescenta-se que o princípio da proibição do retrocesso, no qual o legislador não pode reverter as conquistas alcançadas, não é pacífico na doutrina, já que usurpa a competência e autonomia concedida pelo poder constituinte originário ao legislador (Mendes, 2015). Por outro lado, Bulos (2015) acrescenta que, “embora nem todos aceitem tal princípio, acreditamos que é inconstitucional qualquer ato legislativo que anule, revogue ou aniquile liberdades públicas assentadas no seio da sociedade”.

Evidentemente, o Poder Executivo também se vincula aos direitos fundamentais, e não

apenas a Administração como pessoa jurídica de direito público, mas também como pessoas jurídicas de direito privado que detenham poderes públicos e se sujeitem às faculdades do *jus imperium*. Nesse aspecto, consideram-se nulos os atos praticados pela Administração em desacordo com os direitos fundamentais, sendo certo que devem ser observados também na aplicação e interpretações das leis, independentemente do poder discricionário conferido ao administrador. Esse ponto está consolidado e reconhecido pacificamente. A celeuma doutrinária diz respeito ao poder de negar o cumprimento de uma lei presumidamente inconstitucional e quem teria competência para tal.

Conforme apontado por Bulos (2015), uma primeira corrente defende que os Poderes Públicos detêm autonomia para negar cumprimento a essas normas. Já a segunda corrente afirma que o poder conferido à Administração não é ilimitado, de forma que não podem descumprir as leis postas no ordenamento jurídico, que são presumidamente válidas, eficazes e obrigatórias, até que o Judiciário declare sua inconstitucionalidade. Gilmar Mendes (2015), por sua vez, ensina que o Supremo Tribunal Federal entende que a Constituição Federal de 1988, por meio dos titulares para propor ações de inconstitucionalidade, confere tanto ao Presidente da República como aos Governadores Estaduais a faculdade de negarem aplicação normativa aparentemente inconstitucional, o que permanece afastado da competência dos prefeitos por não serem titulares de tal prerrogativa constitucional.

Acrescenta ainda Mendes sobre o tema, no que se refere à polêmica doutrinária do confronto entre vinculação da administração ao princípio da legalidade e à vinculação aos direitos fundamentais, que há certo consenso doutrinário em afirmar que o agente não detém autonomia para negar por si, mas que pode representar a autoridades competentes, havendo uma pequena flexibilização em casos pontuais, a propósito:

Verifica-se, é certo, algum consenso doutrinário, no sentido de que, em princípio, os agentes administrativos não dispõem de competência para apreciar a lei segundo critérios constitucionais, devendo, no caso em que entenda haver inconstitucionalidade, provocar a autoridade hierarquicamente superior a respeito⁵⁹. Há também consenso no sentido de que, em determinados casos limites, o agente pode deixar de cumprir a lei, por entendê-la inconstitucional - em especial quando o direito fundamental agredido o for francamente e puser em imediato risco a vida ou a integridade pessoal de alguém, resultando da aplicação da lei inválida o cometimento de fato definido como crime.

Trata-se, portanto, de assunto complexo e que acaba por adentrar em um conflito de princípios que devem ser ponderados, já que tal aspecto envolve não só a relação

Administração/lei e Administração/direitos fundamentais, mas também o próprio princípio da separação de poderes, pois a Administração não possui, tipicamente, a competência fiscalizatória da lei. É certo que não se pode conferir deliberadamente esse poder à Administração, mas não se pode permitir que aplique todas as leis às cegas. (Mendes, 2015).

Por fim, no que se refere à vinculação do Poder Judiciário, pode-se dizer que lhe é exigido que confira aos direitos fundamentais sua máxima eficácia, uma vez que a defesa desses direitos é condição essencial de sua função. Mas não só isso, o Judiciário tem o dever de recusar aplicação de preceitos contrários aos direitos fundamentais, assim como deve valer-se deles em todos os atos processuais.

Uadi Lammêgo Bulos (2015) destaca os seguintes pontos decorrentes da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais:

- o Poder Judiciário deve conferir o máximo possível de efetividade às liberdades públicas;
- o Poder Judiciário não está obrigado a aplicar leis inconstitucionais, atentatórias às liberdades públicas;
- o Poder Judiciário pode aplicar direitos fundamentais mesmo contra as leis, desde que estas não se conformem ao sentido constitucional daqueles; e
- o Poder Judiciário, no exame dos tratados internacionais que veiculam direitos humanos fundamentais, deve proteger as prerrogativas violadas ou ameaçadas de violência (CF, art. 5^a, XXXV).

Verifica-se, portanto, que no ordenamento jurídico o caráter vinculante dos direitos fundamentais exerce papel essencial de harmonização e manutenção do Estado Democrático de Direito, concedendo e limitando a atuação de cada Poder. É certo que cada Poder exerce papel fundamental na aplicação e efetivação dos direitos fundamentais, mas, como se observa, o Judiciário tem papel fundamental de vigiar e cuidar de forma responsável de tais preceitos, sobretudo frente a um conflito entre eles, já que tem o dever de lhes dar a maior efetividade possível.

1.2 Colisão entre normas fundamentais e o Instituto da Ponderação (Sopesamento)

A colisão entre normas fundamentais vem se intensificando com a evolução dos direitos fundamentais e com o aprofundamento e âmbito de proteção que vem sendo atribuídos a eles. O desenvolvimento das sociedades e os diversos direitos e valores presentes hodiernamente nos ordenamentos jurídicos levam os constituintes a se depararem com os

mais diversos e delicados tipos de conflitos, que exigem um processo complexo de interpretação e de definição de preponderância de cada norma fundamental nos casos concretos. Como já visto, num conflito entre princípios fundamentais ambos devem coexistir, não sendo possível a exclusão de um em detrimento do outro, devendo-se aplicar pesos para que um prevaleça sobre o outro dadas as circunstâncias fáticas de cada caso concreto.

A tensão conflituosa não pode ser resolvida estabelecendo uma precedência absoluta de um princípio sobre o outro, já que nenhum detém, por si só, prioridade, mas estão, em abstrato, no mesmo patamar dentro do ordenamento jurídico, o que exige um sopesamento dos interesses conflitantes, a fim de se aferir qual detém maior peso diante das circunstâncias fáticas. Desse modo, pode-se afirmar que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, e não o elimina ou declara sua validade, assim como não introduz uma cláusula de exceção que será definida como regra para casos futuros. O que ocorre, portanto, é o estabelecimento de uma precedência condicionada, baseada nas circunstâncias fáticas do caso concreto, a qual pode apresentar o mesmo resultado num conflito futuro, se presentes as mesmas condições, ou resultado diverso, caso as circunstâncias sejam distintas. Tal perspectiva é denominada por Robert Alexy como “lei de colisões”, a qual refletirá o mandamento de otimização dos princípios, *in verbis*:

Essa lei, que será chamada de “lei de colisão”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁴³⁻⁴⁴

Barroso (2015) define que há três tipos de entchoques de normas constitucionais, quais sejam: a) a colisão entre princípios constitucionais; b) a colisão entre direitos fundamentais; e c) a colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais. O primeiro provém da variedade de valores, interesses e direitos resguardados pela Constituição, decorrentes da complexidade e do pluralismo das sociedades modernas, e que, diante da ausência de hierarquia entre os princípios constitucionais, deverão ter aferida sua precedência relativa no caso concreto. O segundo está intimamente ligado ao primeiro, já que os direitos fundamentais, em regra, aplicam-se como princípios, concorrendo harmonicamente em abstrato, mas tendo suas limitações determinadas no seu exercício

concreto. O terceiro, por sua vez, diz respeito à proteção de interesses coletivos e públicos, assim como situações conflituosas envolvendo direitos da coletividade em relação aos individuais.

Gilmar Mendes (2015) acrescenta que a doutrina estabelece que a colisão entre direitos pode se dar em sentido estrito ou em sentido amplo, referindo-se essa primeira aos conflitos entre direitos fundamentais apenas, podendo se dar entre direitos fundamentais idênticos ou diversos. Já a em sentido amplo envolve o conflito entre direitos fundamentais individuais e direitos difusos e coletivos, no que tange aos direitos fundamentais e outros princípios ou valores de interesse da coletividade. Assevera, ainda, que na identificação de um conflito deve-se ater se a colisão não é apenas aparente, ou seja, quando a relação conflituosa não atinge efetivamente o âmbito de proteção estabelecido para determinada norma fundamental. Dessa forma, somente haverá um conflito autêntico, apto para se aferir a prevalência pela ponderação, se afetado o núcleo essencial de proteção dos princípios conflitantes.

A definição do âmbito de proteção de um preceito fundamental, entretanto, não é uma tarefa fácil e demanda uma interpretação sistemática com outros direitos e garantias fundamentais. Alguns apenas terão seu âmbito de proteção melhor delineado diante de eventual confronto com outros princípios e o estabelecimento de restrições. Para uma melhor sistematização na definição do âmbito de proteção, a análise exige:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma);
- b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva¹⁴. (Mendes, 2015)

Alexy (2015) leciona que os princípios já possuem um âmbito de proteção *prima facie* estabelecido, definindo que se uma intervenção em seu núcleo for aparente há uma objeção *prima facie*. Por outro lado, se a intervenção não restar clara, deve-se aferir o âmbito de proteção sobre as “afetações fáticas”. Nesse contexto, define que o âmbito de proteção está intimamente ligado ao seu suporte fático e que sua construção pelo bem protegido e pela intervenção pode ser expressa por meio de duas leis, a partir das relações entre “os conceitos de intervenção, de bem protegido, de restrições e de proibição definitiva e *prima facie*”, como se segue:

- (I) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental.
- (II) Todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental.
- (I') Todas as medidas que não sejam *prima facie* proibidas pelos direitos fundamentais não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental.
- (II') Todas as medidas que não sejam definitivamente proibidas pelos direitos fundamentais ou não constituem intervenções em um bem protegido por um direito fundamental ou estão justificadas por meio de uma restrição.⁷¹

Resta claro, portanto, que em um conflito autêntico entre normas fundamentais deve sempre prezar pela máxima otimização dos princípios fundamentais, assim como deve se ter definido qual que é o âmbito de proteção de cada preceito envolvido na colisão, a fim de se estabelecer qual interesse deverá prevalecer em cada situação fática, por meio do estabelecimento de pesos, para se decidir qual terá maior grau de importância. Tal técnica é denominada de sopesamento ou ponderação e tem o papel precípua de determinar, por meio de técnicas de interpretação, qual será a melhor solução, observando sempre o núcleo essencial dos princípios envolvidos e respeitando o princípio da proporcionalidade.

A ponderação decorre da necessidade de desenvolvimento de uma técnica capaz de solucionar de forma racional e controlada os conflitos entre normas fundamentais, já que o raciocínio padrão da subsunção não é suficiente para decidir uma colisão entre princípios ou direitos fundamentais. Essa técnica opera de maneira multidirecionada e busca definir, por meio da importância e da pertinência dos múltiplos elementos analisados, qual regra concreta será aplicada na hipótese. Essa técnica de decisão jurídica aplicável aos casos complexos possui três etapas (Barroso, 2015):

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. (...) Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos - isto é, as diversas premissas maiores pertinentes - são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. (...) Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

(...) É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. (...) Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos

elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *supra*).

Robert Alexy (*apud* Gilmar, 2015), por sua vez, define que a ponderação realiza-se em três planos: “No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito”. Assevera o doutrinador que o sopesamento não conduz a um caso único e inequívoco, e que, caso se resumisse ao estabelecimento de um enunciado de preferências, não representaria um procedimento racional. É certo que tal técnica pode levar a um subjetivismo e decisionismo dos julgadores, carente de fundamentos controláveis racionalmente (modelo decisionista), entretanto, a fim de se ter um sopesamento racional, há o modelo fundamentado, no qual a decisão pelo enunciado de preferência conduz a uma fundamentação racional que o valida. (Alexy, 2015).

Nesse contexto, ao se realizar um sopesamento, deve-se ater a seguinte regra “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Tal regra expressa, nas palavras de Alexy, a lei do sopesamento, que deixa claro que apenas existem pesos relativos, não sendo determinados de forma absoluta ou em si mesmo, assim como todo enunciado de preferência, para ser válido, deve ser justificado, sendo válido inclusive qualquer argumento típico da argumentação jurídica como justificação. Defende, ainda, que tal modelo equivale a uma regra de decisão diferenciada, de enunciados de preferências condicionadas, não se tratando de procedimento abstrato ou genérico, correspondendo a uma tarefa de otimização dos princípios fundamentais, equivalendo ao princípio da concordância prática. Vejamos:

O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de sopesamento. Ele faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro "de forma precipitada".²³¹ De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Nesse sentido, o modelo de sopesamento aqui defendido é equivalente ao assim chamado princípio da

concordância prática.²³²

Outro aspecto importante que deve ser observado na técnica de ponderação é que o julgador, ao operar esse instituto, deve ter a cautela de preservar o núcleo essencial dos direitos conflitantes, sobretudo daquele que sofrer maior limitação. Outrossim, para se definir qual o grau de prevalência de cada interesse em análise, é imprescindível observar o princípio da proporcionalidade, a fim de que a solução dada ao caso concreto seja válida perante a Constituição.

O princípio da proteção do núcleo essencial dos princípios fundamentais preceitua que a restringibilidade dos preceitos fundamentais possui limites. Entretanto, as definições de tais limites encontram divergências doutrinárias. Uma primeira corrente relaciona a proteção do núcleo essencial a uma circunstância objetiva ou subjetiva, enquanto a segunda atribui a essa garantia uma interpretação absoluta ou relativa.

A teoria objetiva proíbe, nas palavras de Friedrich Klein (*apud* Alexy, 2015), “que a validade de uma disposição de direito fundamental seja de tal forma reduzida que se torne insignificante para todos os indivíduos ou pra a maior parte deles ou ainda para a vida social”, assegurando a garantia objetiva resguardada pela constituição e não os direitos postos para cada indivíduo. Assevera Alexy, no entanto, que ainda assim a teoria subjetiva subsiste, já que a natureza dos direitos fundamentais exige, ao menos, uma coexistência entre ambas teorias. No mesmo sentido, preceitua Gilmar Mendes (2015):

Os adeptos da teoria objetiva tentam vislumbrar uma abordagem objetiva como saída para o impasse, afirmando que o art. 19, II, da Lei Fundamental protege os direitos fundamentais enquanto instituição objetiva e não enquanto proteção singular de cada indivíduo em especial. Afirma-se que, não raras vezes, as posições individuais são drástica e radicalmente afetadas. A proteção do núcleo essencial subsiste, porém, se se considera que o instituto restou protegido.

Já a teoria subjetiva, na definição de Gilmar Mendes, refere-se à proibição de supressão de determinado direito subjetivo. Alexy, por sua vez, define que tal teoria desdobra-se nas teorias absoluta ou relativa. Na relativa o núcleo essencial será definido a partir do sopesamento dos interesses conflitantes, devendo-se respeitar o princípio da máxima proporcionalidade, de forma que, mesmo que totalmente esvaziado seu núcleo, a ponderação será válida, pois obedeceu ao princípio da proporcionalidade. A teoria absoluta defende que os direitos fundamentais possuem uma parcela autônoma e intangível, insuscetível de

qualquer intervenção Estatal.

Nesse contexto, Gilmar Mendes defende que essas últimas teorias (absoluta e relativa) possuem fragilidades, dadas a dificuldade de se definir o núcleo intangível da primeira e a flexibilidade exagerada conferida à segunda. De forma que expõe em sua obra uma solução conciliadora, apresentada por Konrad Hesse, que:

(...) reconhece no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias ou desarrazoadas (teoria relativa), mas também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais⁸⁸. É que, observa Hesse, a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida⁸⁹.

O princípio da máxima proporcionalidade, por seu turno, preceitua que tudo que afeta os direitos fundamentais deve ser proporcional, devendo sempre se verificar e levar em consideração a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da limitação da solução adotada na ponderação.

O caráter precípua numa ponderação diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, visto que esta máxima parcial necessariamente se concretizará a partir do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, quando conflitantes com um princípio antagônico, onde será necessário e obrigatório um sopesamento a partir de aplicação de princípios válidos, devendo-se observar precipuamente o mandamento da máxima otimização dos princípios em relação às alternativas jurídicas postas. Já as máximas da adequação e da necessidade referem-se às circunstâncias fáticas a serem avaliadas em face dos princípios como mandamentos de otimização. Esta última determina que sempre se deve buscar a aplicação da medida menos gravosa ao indivíduo, enquanto a adequação preceitua que deve-se verificar se a medida a ser adotada é adequada ou não às circunstâncias fáticas. Impende salientar que tais premissas devem ser observadas em conjunto ao se aplicar a técnica de ponderação, a fim de se definir uma solução que seja válida tanto em relação às circunstâncias jurídicas (proporcionalidade em sentido estrito) quanto no que se refere às circunstâncias fáticas (necessidade e adequação), tornando-a, assim, proporcional. (Alexy, 2015).

No âmbito nacional, Gilmar Mendes (2015) assevera “que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais”, o que pode ser verificado

nos inúmeros precedentes do Pretório Excelso.

Conforme verificado, as complexidades existentes no ordenamento jurídico contemporâneo vêm tornando cada vez mais comum o conflito entre normas fundamentais, fazendo com que os julgadores se deparem com casos complexos, que demandam uma análise mais delicada e aprofundada, para que a solução dada seja válida, proporcional e respeite o núcleo essencial de cada princípio fundamental conflitante. Por óbvio que tal análise somente é possível tendo em vista a premissa de que os princípios fundamentais não são absolutos, tendo, portanto, caráter relativo, como apresentado anteriormente, mas que será objeto de estudo mais aprofundado no tópico seguinte, já que algumas peculiaridades e divergências merecem destaque.

1.3 Teoria relativa x Teoria absoluta

Há consenso na doutrina e na jurisprudência que uma das características primordiais dos direitos fundamentais é sua relatividade ou limitabilidade, não sendo, portanto, absolutos. Tal característica é essencial para que os direitos e princípios fundamentais convivam em harmonia e que, caso exista um conflito de interesses, um possa ceder ao outro para que ambos subsistam. Caso lhes fosse atribuído um caráter absoluto, o convívio seria inviável, já que em uma eventual colisão ambos seriam ilimitados e irrestritos, de forma que a concepção de princípios e de sopesamento seria inútil, pois cada indivíduo estaria protegido por um manto principiológico que ampararia seu direito. É por isso que se prega na doutrina que os indivíduos não podem se valer irrestritamente do âmbito de proteção de direitos fundamentais, para se exonerarem das responsabilizações civis, penais e administrativas. Há, no entanto, correntes que defendem que os princípios fundamentais são absolutos e irrestritos, o que é rebatido pela grande maioria, assim como outras que pregam a existência de que existem alguns que possuem caráter ilimitado.

Gilmar Mendes (2015) consigna que a teoria absoluta advém do pressuposto jusnaturalista, no qual o Estado tem o dever de assegurar os direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, colocando os direitos fundamentais no patamar máximo da hierarquia jurídica, não suportando, por conseguinte, qualquer limitação (irrestritos). Alexy (2015) acrescenta que os princípios absolutos são aqueles de natureza extremamente forte e que não cederiam ao outro em condição alguma, sendo que sua existência levaria

inevitavelmente ao esvaziamento da concepção de princípios e da teoria da colisão, pois, se uns possuem precedência irrestrita sobre os outros em caso colisão, inclusive sobre aqueles que definem regras a serem seguidas, não haveria limitações jurídicas, mas apenas fáticas.

Tal doutrina é totalmente rebatida por ambos os autores. Alexy denota que os princípios fundamentais expressam tanto interesses individuais como coletivos, e, nesse contexto, sendo um princípio ilimitado, sua abrangência levaria a inexistência de outros direitos fundamentais. Por outro lado, no âmbito dos direitos individuais não seria possível garanti-los a mais de um indivíduo, pois o exercício por um invalidaria o exercício pelos demais indivíduos. Em síntese, “ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentais pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito”. Gilmar Mendes complementa tal assertiva, afirmando que “se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo”.

Por tais razões, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência que os direitos fundamentais são relativos e podem ser limitados por outros interesses constantes do ordenamento constitucional (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Nesse aspecto, preconiza-se que os direitos fundamentais não podem ser utilizados como “escudo protetivo” para a prática de ações ilícitas e para se eximir das responsabilizações impostas pelo Estado, assim como que, em uma eventual colisão, o julgador deve se valer do princípio da concordância prática ou da harmonização, a fim de realizar uma limitação proporcional das normas fundamentais, buscando seu verdadeiro significado e em harmonia com o texto constitucional. (Moraes, 2015). Nesse sentido:

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no *princípio da convivência entre liberdades*, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem *limitações* de ordem ético-jurídica. Essas *limitações* visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

(...)

Nesse particular, resta ao Poder Judiciário empreender uma interpretação constitucional *conformadora* ou *harmonizante* das normas assecuratórias de liberdades públicas, de modo a evitar contradições entre bens e princípios jurídicos consagrados pelo Texto de 1988. (Bulos, 2015, grifo do autor)

A ideia de relatividade das normas fundamentais está resguarda, inclusive, na Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seus artigos 29 e 30, *in verbis*:

Artigo XXIX

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Por fim, cabe destacar que há autores que, embora sejam adeptos à teoria relativa, defendem que há no ordenamento jurídico alguns preceitos fundamentais absolutos. Uadi Lammêgo Bulos (2015) sustenta que no caso da proibição à tortura e ao tratamento desumano ou degradante não há qualquer relativização, de forma que independente da situação em que se encontre deverá ser aplicado ilimitadamente, pois, do contrário arruinar-se-ia o Estado Democrático de Direito, pregando-se a cultura do “olho por olho, dente por dente”. Mas tal entendimento não é aceito por boa parte da doutrina.

Há também quem alegue que o princípio da dignidade da pessoa humana seria ilimitado ou ao menos estaria em um estágio de precedência em relação aos demais princípios. Mas tal entendimento é igualmente rebatido pela doutrina dominante. O que se estabelece é que a norma referente à dignidade da pessoa humana divide-se em uma regra da dignidade da pessoa humana e em um princípio da dignidade da pessoa humana, onde, no primeiro caso, a dignidade da pessoa humana terá precedência se se considerar que a norma foi violada injustificadamente, não havendo solução maleável, aplicando-se a regra. Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser aplicado em diferentes graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas a serem analisadas no caso concreto. É certo que pela sua própria natureza esse princípio denota alto grau de precedência, mas isso não pode ser tomado *prima facie* para se definir que tal preceito sempre terá preferência, devendo-

se analisar caso a caso, sendo possível a atribuição em um grau menor em relação ao princípio confrontado, desde que devidamente fundamentado. Sintetiza Robert Alexy:

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.⁶⁹ O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. Mas essa tese sobre a existência de uma posição nuclear também vale para outras normas de direitos fundamentais. Ela não afeta sua natureza de princípio. Por isso, é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto.

Gilmar Mendes (2015) registra que, apesar da Constituição Federal de 1988 não ter estabelecido privilégios há determinados direitos, não se pode negar que o princípio da dignidade da pessoa humana assume papel relevante no ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se levar em consideração, em um juízo de ponderação, os valores decorrentes desse princípio, tais como, a inviolabilidade da pessoa humana, o respeito a sua integridade física e moral, a inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade. Assevera ainda que, da análise dos julgados da Suprema Corte, resta claro que o STF tem atribuído valor ímpar a esse princípio em seus juízos de ponderação, sem deixar, no entanto, de observar o princípio da proporcionalidade como lei de ponderação, a fim de evitar a imposição de ônus intoleráveis ou desproporcionais.

Portanto, à mingua das controvérsias acerca da intangibilidade ou não das normas fundamentais, é certo que majoritariamente entende-se que não há princípios absolutos, já que, no caso concreto, podem ser limitados em maior ou menor grau, a depender das circunstâncias em exame. De forma que tal definição é imprescindível à essência dos princípios, à convivência harmônica e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Detalhados todos esses aspectos acerca dos direitos e princípios fundamentais, passa-se então a um estudo direcionado e minucioso sobre o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, sobretudo no que se refere ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial de sua restrição e limitabilidade.

1.4 Princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, assim como muitos princípios de primeira geração, surgiu com o intuito de proteger o indivíduo das ações abusivas do Estado, na espécie, visava inibir, sobretudo, as práticas arbitrárias e desumanas do sistema inquisitorial, que ocorriam anteriormente à Revolução Francesa. Tal princípio tem como pressuposto maior a liberdade do indivíduo e a garantia da inocência até que sua culpa seja efetivamente comprovada pelo órgão acusador. Ao longo da história, o princípio da presunção de inocência passou por altos e baixos na tentativa de se firmar nos ordenamentos jurídicos, ainda que estivesse firmado no âmbito internacional, já que sua aplicabilidade dependia dos ideais garantista ou absolutista do Chefe da Nação. No Brasil não foi diferente e, embora esteja previsto expressamente na CF/88, passa até hoje por variações no seu grau de aplicabilidade.

O princípio da presunção de inocência foi positivado pela primeira vez, em 1789, com a Revolução Francesa, no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos seguintes termos: “Todo homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei”. Tal definição tem como corolário pensadores iluministas que pregavam a reforma do processo penal e a garantia de direitos de defesa ao acusado, condenando as técnicas de tortura e as arbitrariedades do sistema inquisitivo. No entanto, foi a Escola Clássica Italiana que firmou esse preceito como princípio do processo penal e lhe deu mais amplitude (Antunes, 2013). Confira-se, a propósito, a colocação de Alexandra Vilela:

Seguindo a linha de raciocínio de CARRARA, a presunção de inocência é um postulado fundamental do processo penal e que se manifestará seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria da prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão, seja na exclusão de qualquer sugestão, de toda e qualquer fraude, seja ao nível de todo o artifício doloso que passa dar ao que é falso um aspecto de verdadeiro, seja na imparcial apreciação a fazer dos indícios, seja no grande espaço que a defesa terá de ter, e no amplo tratamento a dar aos advogados, seja nas formas sacramentais para a sentença, seja nos recursos de apelação e revisão. (...) se a presunção de inocência é uma regra a levar em conta no julgamento enquanto regra probatória, não se esgota aí, antes passa a princípio de autónomo valor político de carácter geral, que tem como corolário não só a plenitude da prova, passando pela imparcial valoração dos indícios, e terminando com a moderação na aplicação da prisão preventiva, que sob

circunstância alguma poderá assumir natureza punitiva e que deve obedecer ao critério da *stretta necessità*, caracterizado pelo facto de impor rigorosos limites à aplicação daquela e apenas de acordo com as necessidades do processo, de forma a que obtenção da verdade e a aplicação de uma eventual pena se revelem possíveis. (*apud*, Antunes, 2013)

Nesse momento, afirma Flávio Augusto Antunes que o princípio da não culpabilidade não só ganha mais expressividade como quebra o sistema inquisitivo, passando-se a adotar um sistema penal acusatório, no qual se privilegia os inocentes e exige-se a demonstração da culpa, sendo a sua comprovação o objeto do processo, ainda que ao risco de deixar algum culpado impune, nascendo o axioma jurídico do *in dubio pro reo*. Além disso, começa-se a afastar o juízo da obrigatoriedade da prisão processual, preconizando-se a liberdade do homem. A importância desse momento para o preceito em estudo é tão valiosa, que Nelson Nery Júnior (2016) aponta, inclusive, que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é “oriundo da máxima romana *in dubio pro reo*”.

Entretanto, a essência garantista do princípio da presunção de inocência e o preceito do *in dubio pro reo* passaram a ser hostilizada no final do século XIX, sobretudo pela Escola Positiva Italiana, exigindo-se ações mais incisivas em relação à liberdade dos acusados, assim como processos mais céleres e sem a necessidade formação da culpa. Confira-se:

Raffaello Garofalo exigia a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e Enrico Ferri propunha processos sumários e formados sem provas de culpabilidade, conforme aponta Luigi Ferrajoli, citando ainda que foi Vincenzo Manzini quem estigmatizou o princípio da presunção de inocência como um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”, julgando-o “grosseiramente paradoxal e irracional (...)”. (Antunes, 2013)

Com a instauração o regime fascista, o princípio da presunção de inocência deixou de ter aplicabilidade prática, mesmo que positivado no ordenamento jurídico, de forma que o Estado passou a abusar da prisão preventiva e de sua legitimação. O regime totalitário de Mussolini não só influenciou o Código Italiano de 1931, como desprezou o princípio da não culpabilidade cometendo excessos nas prisões e nos procedimentos processuais, deixando os acusados totalmente desamparados pelas medidas de defesa. Outra perspectiva não foi a do regime nazista Alemão, que sequer encontrava limites no princípio da legalidade. Conclui Flávio Augusto Antunes que, nesse período, o princípio da presunção de inocência foi letra morta.

Tal preceito fundamental somente veio a recuperar sua importância no pós-guerra da

Segunda Guerra Mundial. As barbaridades, abusos, destruição e atos desumanos que chocaram o planeta fizeram com que a sociedade e as nações desejassem a implementação de um Estado que garantisse aos indivíduos direitos e garantias que os defendessem das ações estatais arbitrárias e abusivas, de forma que começou a se pregar, consolidar e expandir, para o âmbito internacional, o princípio da dignidade da pessoa humana, que inspirou inclusive a Declaração Universal de Direitos Humanos, das Nações Unidas. Desse modo, o princípio da presunção de inocência passou a ter mais importância e a ser melhor observado internacionalmente. (Antunes, 2013)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, (Pacto de San José da Costa Rica), que foi ratificada pelo Brasil, prevê o referido preceito fundamental em seu artigo 8º, nos seguintes termos: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias (...)”. Nelson Nery Júnior (2016) e Fábio dos Santos Guedes preceituam, inclusive, que tal princípio foi recepcionado pelo Brasil quando passou a ser signatário desta Convenção, positivando-o, no entanto, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Antes de integrar expressamente o ordenamento jurídico pátrio, o princípio da presunção de inocência também sofreu no Brasil várias gradações em seu âmbito de aplicabilidade, que, assim como demonstrado no âmbito internacional, foi determinado pelas ideologias impostas pelo governante de cada período. Impende salientar que, embora não estivesse positivado, tal princípio já se expressava através de outros preceitos fundamentais.

A era Vargas foi marcada por limitações aos direitos e garantias individuais, tendência própria da época baseada na Escola Positiva Italiana, tendo inclusive o direito de liberdade sido retirado da Constituição de 1937, em evidente confirmação de que o princípio da presunção de inocência seria rejeitado naquele período, o que se consolidou no Código de Processo Penal de 1941. Nessa época, a inobservância do princípio da não culpabilidade também restou marcada na lei que criou o Tribunal de Segurança Nacional, pois, nos casos de sua competência, o réu já era presumidamente culpado, de forma que caberia a ele comprovar sua inocência perante o Estado. Situação que se manteve até Vargas ser deposto, em 1945. (Antunes, 2013)

A posse de Eurico Gaspar Dutra, em 1946, associada ao momento de valorização dos direitos humanos, vivido não só pelo Brasil, mas também pelo mundo no pós-guerra, fez com

que o País adotasse uma visão garantista e, por meio da Constituição brasileira de 1946, reestabelecesse ordem democrática e os direitos e garantias individuais que haviam sido suprimidos, tendo ênfase o direito de liberdade e a instituição do *habeas corpus* como meio de garanti-la. Ato contínuo, e nessa mesma perspectiva, o Brasil passou a assinalar tratados e convenções internacionais, tendo como destaque a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que corroboraram o momento vivido pelo país e orientaram atuação Estatal em busca da garantia dos direitos humanos. (Antunes, 2013).

Entretanto, durante o golpe militar 1964, o princípio de presunção de inocência e os demais direitos e garantias individuais passaram por mais um período de recessão, onde imperou, na verdade, a presunção de culpabilidade e considerava-se como inimigo todo aquele que se opunha ao governo. O patrono militar valeu-se, muitas vezes, de meios ilegítimos para impor seus ideais, “o que causou inúmeras prisões, torturas, mortes, exílios e uma sensação geral de perigo”. As condições impostas pelo Ato Institucional nº 5, de 13/12/1968, acabou por ampliar essas condições e por esvaziar por completo a concepção da não culpabilidade, já que suspendia a incidência do *habeas corpus* e afastava da apreciação do poder judiciário, em questões relativas aos atos previstos no citado ato normativo. (Antunes, 2013).

Após a aprovação da Lei de Anistia, em 1979, os anos seguintes foram marcados por atos de busca à democracia e ao reconhecimento dos direitos fundamentais do homem frente ao Estado, atendendo aos anseios da sociedade que sofrera com os abusos e arbitrariedades do governo militar e que almejava um Estado firmado sobre a primazia da dignidade da pessoa humana. Nesse momento, o Poder Judiciário tornava a observar o princípio da presunção de inocência e concebia a ideia de liberdade como regra e a prisão como exceção, enquanto os demais Poderes trabalhavam na elaboração de uma nova Constituição, para efetivamente reestabelecer os direitos e garantias individuais, o que veio a se consolidar na Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 5º, que positiva, inclusive, o princípio da presunção de inocência no inciso LVII.

No período anterior à promulgação da Carta Magna atual, embora o princípio da presunção da não culpabilidade não estivesse expresso no ordenamento jurídico brasileiro, Flávio Augusto Antunes assevera que o Estado valia-se dos institutos do *in dubio pro reo* e do *favor rei* como corolários do princípio da presunção de inocência, citando, a propósito, uma

decisão do Tribunal Federal de Recursos, *in verbis*:

A doutrina e a jurisprudência de uma certa forma aplicavam os institutos do *in dubio pro reo* e do *favor rei* como sendo corolários da presunção de inocência, no sentido de que em havendo dúvida fundada em processo penal o juiz deveria absolver o réu (*in dubio pro reo*), tratando-se de uma questão processual, relativa à valoração da prova pelo juiz, e de que a norma devia ser interpretada da forma mais favorável ao réu (*favor rei*), sendo uma situação, assim, hermenêutica.

Na aplicação do *in dubio pro reo*, o juiz absolve o réu por falta de provas, e dessa forma não é declarada sua culpabilidade, presumindo-se deveras a sua inocência. Valoriza-se o indivíduo e daí porque se entende ser esse dogma processual desdobramento do princípio da presunção de inocência.

(...)

O Tribunal Federal de Recursos já em julgamentos de 1959 absolveia acusado em situação de dúvida fundada, em caso que havia duas versões completamente contraditórias sobre um mesmo fato, conforme a seguinte ementa: “Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo favor milita a presunção de inocência.”

Gilmar Mendes (2015) pondera que a discussão acerca do princípio da não culpabilidade antecede sua positivação na CF/88, destacando a discussão no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69, que tornava inelegíveis os cidadãos denunciados pela prática de crime. Ao apreciar a questão, o TSE, com fundamento no princípio da presunção de inocência, entendeu pela inconstitucionalidade da norma, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Já a Excelsa Corte, por seu turno, entendeu por reformar a decisão e decidir contrariamente ao estabelecido pelo TSE, consignando, no entanto, “que o princípio da presunção de inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira”.

Bulos (2015), por sua vez, afirma que “a *presunção de inocência* foi uma novidade da Carta de 1988. No passado, ela era extraída do contraditório e da ampla defesa, pois não vinha prevista taxativamente”.

Note-se que as passagens jurídicas trazidas por Flávio Augusto Antunes (decisão do Tribunal Federal de Recursos) e por Gilmar Mendes (constitucionalidade do art. 153, § 36 da Constituição brasileira de 1967/69) apresentaram graus distintos de aplicabilidade do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, sendo que a primeira deu-se no período democrático, dando maior ênfase ao princípio, e a segunda num período mais totalitário, dando menor ênfase. Coincidência ou não, a análise desse período histórico, tanto no âmbito internacional como no Brasil, demonstra que o princípio da presunção de inocência

sempre buscou ao máximo resguardar o indivíduo em face dos atos do Estado, tendo sempre questionada qual seu limite, qual seu âmbito de atuação e quais são seus desdobramentos.

Ao ser fixado expressamente na Constituição de 1988, o princípio da presunção de inocência foi assim disposto no art. 5º, LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse texto foi elaborado com cautela e passou por algumas modificações, até que se consolidasse uma redação que lhe desse o máximo de aplicabilidade no ordenamento jurídico Brasileiro, ainda mais quando consideradas as circunstâncias sob as quais foi promulgado o Texto Constitucional, de forma que seu alcance foi fixado além do estabelecido nos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário.

A proposta inicial dispunha que “considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, sendo altera posteriormente para “presume-se a inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, a qual também não se manteve. A primeira hipótese não agradou, pois a expressão “cidadão” limitaria o princípio apenas aos nacionais, ao passo que a segunda acabou por entrar em contradição ao presumir a inocência de uma pessoa acusada criminalmente. Questões essas que foram solucionadas na versão final pela utilização da expressão “ninguém”, que ampliou sua aplicação aos nacionais e estrangeiros, abarcando toda e qualquer pessoa envolvida em questões criminais. (Antunes, 2013)

Da análise atenta das propostas apresentadas até a redação aprovada, verifica-se que o núcleo de debates e discussões foi justamente “quem” estaria amparado pelo princípio na ordem jurídica brasileira. Atende-se que o momento até o qual este princípio estaria garantido manteve-se inalterado nas três propostas, o que denota que havia um consenso, no memento da elaboração da norma constitucional, de que o princípio da presunção de inocência deveria estar resguardado até que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tal ponto torna-se crucial na definição de certos aspectos interpretativos e de aplicação da norma penal e processual penal, o que acaba por gerar conflitos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade, âmbito de proteção e limitação do princípio da presunção de inocência.

Ao ser consagrado pela Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência trouxe como ideal a premissa de que todos são inocentes até que o contrário seja comprovado pelo acusador em decisão transitada em julgado, de forma que se primou pela

liberdade do indivíduo até a conclusão do processo de apuração da sua culpabilidade ou não, reprimindo-se qualquer ato que antecipe sua culpa, condenação ou execução da persecução penal. Com isso, e em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, ergue-se como preceito essencial para o Estado Democrático de Direito.

Para Alexis Couto de Brito, o preceito da presunção de inocência ou não culpabilidade é mais que uma impressão ou suposição de inocência, a concepção dada pelo legislador transcende essa essência aparente e confere ao indivíduo um estado de proteção que somente poderá ser rompido após decisão definitiva que o desconfigure, por meio do devido processo legal:

Trata-se de uma questão de “estado”, e não de impressão ou suposição. Com isso se pretende dizer que para o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, mais do que um a impressão ou suposição (presunção), a inocência é um *status* que pertence ao cidadão como parte de sua dignidade e um estado que somente será alterado após o trânsito em julgado de uma decisão que atendeu ao devido processo legal.

(...)

Todos *são inocentes*. Esta afirmação, indubitavelmente, comunica muito mais corretamente a essência do princípio. É muito mais do que dizer que uma pessoa não é culpada (ainda), ou que de ter sua inocência (apenas) presumida. Se são inocentes, tal estado deverá ser desconstituído por que disto discorde, através do devido processo legal.

A definição da natureza jurídica desse princípio é controversa, pois uma corrente entende a presunção de inocência como uma norma jurídica que pode ser afastar por uma prova em contrário efetiva (*praesumptiones iuris tantum*), enquanto outra prega a não culpabilidade como direito fundamental imprescindível a todas as fases processuais, em relação à valoração das provas e das medidas restritivas, que visa proteger o indivíduo e afastar do julgador presunções da culpabilidade com fundamento em mera suspeita. Diante de tais premissas, pode-se concluir que o princípio da presunção de inocência “funciona no processo penal como se fosse uma presunção *iuris tantum*, que produz seus efeitos até que seja deslocada por uma prova em sentido contrário da certeza jurídica da culpabilidade”. (Sanguiné, 2014).

Diante de tais concepções, não resta dúvidas de que o princípio da presunção de inocência é bastante abrangente e possui um vasto âmbito de proteção. Entretanto, também é certo que tal preceito não pode, nem deve, ser aplicado na magnitude na qual foi concebido, pois, se assim fosse, estaria inviabilizada a aplicação de qualquer medida constritiva de liberdade, gerando uma situação de caos no ordenamento jurídico. (Antunes, 2013). Nesse

sentido:

Se a regra da presunção de inocência fosse aplicada estritamente em todo o seu rigor verbal, em termos lógicos ou absolutos, nenhuma medida coercitiva, máxime a prisão provisória, estaria justificada, nomeadamente na fase da investigação e da instrução criminal, e poderia levar a proibição de antecipação de medidas de investigação, tornando inconstitucional a própria instrução criminal.

Uma das maiores premissas do princípio da presunção de inocência é a consolidação no direito penal e processual penal do sistema acusatório, que inverte o ônus da prova para a acusação, a qual caberá provar a culpa (*stricto sensu*) do réu para condená-lo, não havendo necessidade de que o acusado prove sua inocência, detendo a premissa de ser beneficiado em caso de dúvida acerca da prova dos fatos (reforça os princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*). (Nery Júnior, 2016)

Tal preceito impede o lançamento do nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que consiste no ato de registrar a condenação para que produza seus efeitos, como, por exemplo, a reincidência, o impedimento de suspensão condicional da pena, revogação do *sursis*, tendo sido revogado, inclusive, o disposto no art. 408 do Código de Processo Penal, o qual determinava o lançamento após o réu ser pronunciado. Além disso, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a presunção de inocência obsta que inquéritos policiais e processos penais em curso sejam valorados como maus antecedentes ou justifiquem a exasperação da pena, assim como impõe que, em caso de empate na decisão penal, o réu deverá ser beneficiado com a absolvição. (Paulo, Alexandrino, 2015).

Outro ponto importante a ser observado, no que tange à garantia da liberdade, é que alguns dispositivos não foram recepcionados pela constituição, por serem contrários ao princípio da presunção de inocência, assim com outros foram revogados posteriormente por serem incompatíveis com esse preceito fundamental. Pode se citar, por exemplo, os artigos 594 e 595 do Código de Processo penal que preceituavam, respectivamente, que “o réu não poderia apelar sem se recolher à prisão”, revogado pela Lei n. 11.719/2008, e que “Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”, não recepcionado pela CF/88.

Cabe ressaltar que, em relação ao artigo 594 do CPP, a Suprema Corte inicialmente reconheceu a validade do dispositivo perante o Texto Constitucional, tendo debatido bastante

a questão no HC 72.366/SP, no qual se entendeu, à unanimidade, pela legitimidade da conduta, o que acabou por ser estendido para outras leis. Entretanto, posteriormente a Excelsa Corte começou a condenar essa prática (Ver HC 84.087, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 6-8-2004) e prática análogas, como consta do voto no Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Rcl. 2.391/PR, Relator Ministro Marco Aurélio, que decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei n. 9.034/1995 (“O réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei”), e, em relação ao artigo 3º da Lei n. 9.613/1998 (“Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”), propondo que o juiz deveria decidir motivadamente sobre o direito de réu recorrer em liberdade ou não, à luz dos requisitos da prisão cautelar. (Mendes, 2015)

No que concerne às prisões cautelares, embora seja um tema bastante debatido e existam doutrinadores que defendam que viola o princípio da presunção de inocência, a doutrina majoritária e a jurisprudência entendem em sentido contrário, sendo permitida desde que seja motivada e com amparo nos ditames legais e constitucionais. Saliente-se que o próprio constituinte previu a possibilidade de prisão no artigo 5º, inciso LXI, assim como conferiu ao preso direitos e garantias em relação a sua prisão, como se verifica nos incisos de LXII a LXVII.

Como a liberdade é a regra, as prisões cautelares, provisórias ou preventivas somente poderão ser adotadas em caráter excepcional, assim como toda regra sobre prisão deve ser interpretada restritivamente. Nesse contexto, veda-se ao legislador criar qualquer norma abstrata que imponha prisão do acusado antes do trânsito em julgado. (Nery Júnior, 2016).

Nesse sentido, leciona Gilmar Mendes (2015):

(...) não significa que não são possíveis prisões provisórias sem trânsito em julgado, apenas que é necessário que estejam presentes os requisitos para tanto. O que se condena é uma norma abstrata que não considere esses requisitos. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si.

Odone Sanguiné (2015), ao alertar sobre a realidade do uso incorreto das prisões que antecedem o trânsito em julgado, consigna que as cautelares somente podem ser utilizadas em

ultima ratio, a fim de satisfazer exigências preventivas ou ligadas rigorosamente ao processo, nunca com caráter punitivo ou incapacitante:

Destarte, a formula constitucional da presunção de inocência funciona em face do vazio de finalidades (*vuoto dei fini*) – evidenciado pelo silêncio constitucional acerca das finalidades perseguíveis com as restrições da liberdade pessoal – como um “limite teleológico” sistemático par ao legislador orientar-se ao operar as escolhas no exercício do poder cautelar, definindo positivamente o conceito de cautela e afirmando a exclusiva natureza cautelar da prisão *ante iudicatum*. Disso resulta que as limitações da liberdade pessoal somente podem ser impostas com vista à satisfação de exigências de caráter cautelar ou estritamente inerentes ao processo. Destarte, para não contrariar a presunção de inocência se exclui não somente finalidades punitivas ou aflitivas com caráter de “antecipação da pena”, reeducativa ou preventiva, mas também a de aplacar de imediato o “alarme social” que pode resultar provocado pelo crime ou a própria “proteção”, contra eventuais retaliações, da pessoa suspeita de haver cometido crime¹⁹.

Diante de todas essas peculiares analisadas acerca do princípio da presunção de inocência, nota-se que sua aplicabilidade está intrinsicamente atrelada ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, inclusive a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou por alterações em atenção a esse critério. Como visto, a prisão antes da condenação definitiva somente será legítima se, além de observados os preceitos legais, não possua caráter de antecipação da persecução, sob pena de se precipitar indevidamente a culpa do acusado, presando-se mais uma vez pela presunção de inocência e consolidando-se a ideia de que a pena somente poderá ser efetivamente cumprida após o trânsito em julgado.

Entretanto, há um ponto controvertido na doutrina e na jurisprudência, no que tange à execução provisória da pena. Conforme analisado anteriormente, está consolidado no Supremo e na legislação que não há necessidade de o condenado em primeira instância recolher-se à prisão para recorrer da decisão. Ocorre que, em se tratando de decisão condenatória em segunda instância, suscetível apenas de recursos extraordinários (recurso especial ou extraordinário), que não possui efeito suspensivo, já se pronunciou a Suprema Corte que a execução provisória da pena não violaria o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Tal questão perdurou até o ano de 2009, quando foi decido que tal ato afrontava a CF/88, tema que foi retificado novamente em 2016.

É certo que o princípio da presunção de inocência, assim como os demais descritos na Carta Magna de 1988, não possui caráter absoluto e encontra limitações explícitas no próprio Texto Constitucional originário, já que, se assim não fosse, o modelo democrático instituído no país estaria fadado ao caos diante da impossibilidade de se restringir as liberdades

individuais, o que levaria indubitavelmente à sua liquidação. Por outro lado, embora esse princípio encontre limitações nas demais normas constitucionais, não se pode olvidar que a própria limitação possui limites, sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana e no fato de que os Poderes devem buscar a máxima otimização dos preceitos fundamentais, protegendo o núcleo essencial cada interesse sob judice.

Gilmar Mendes (2015) preceitua que, dada a importância conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana, como postulado essencial para ordem constitucional, parece evidente que qualquer ideia de execução penal antecipada seria incompatível com a essência da dignidade da pessoa humana, nos termos em que é assentada na doutrina e na jurisprudência. Aduz ser fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade (*in concreto* e na sua acepção de necessidade) em eventuais conformações ou restrições do princípio da presunção de inocência, de forma que, havendo meio menos gravoso ou igualmente eficaz, a adoção de medida semelhante à exigência de recolher-se a prisão para apelar seria desproporcional.

Ocorre que, apesar da liberdade ser um dos maiores bens do homem no Estado Democrático de direito, sua restrição se faz necessária para garantir o convívio social, assim como visa impedir o surgimento do Estado anárquico, conferindo-se ao Estado poder do *jus puniendi*, que o legitima a punir condutas infracionais, devendo sempre primar, em sua conduta, pela prudência e proporcionalidade para se evitar abusos e extrapolações. (Guedes, 2009)

Flávio Augusto Antunes (2013) consigna que, na sua relativização, o princípio da presunção de inocência deve ser balanceado com outros preceitos constitucionais de igual importância, que se refletem, sobretudo, no direito de segurança, propriedade e nos demais direitos individuais, concluindo, inclusive, que as prisões provisórias se justificam em outros valores assegurados pela Constituição. Alerta, no entanto, que, no juízo de ponderação, pode a criminalização massificada exigir medidas menos garantistas do Estado em relação ao direito penal e processual penal. Confira-se:

a delinquência da globalização pode tornar necessária uma modificação na concepção da teoria do delito, bem como nas garantias formais e materiais do direito penal e processual penal, com a possibilidade de existência de um modelo de menor intensidade garantísticos, contudo sem ingerência no núcleo do direito fundamental.

Nesse aspecto, Odone Sanguiné (2014) afirma que a concepção global de que o processo é insuficiente para o cumprimento da finalidade intimidatória e simbólica da pena, tendo como precursor principal a excessiva mora processual, fez com que os países buscassem meios para executar a pena antecipadamente. Tal tendência fundamenta-se no fato de que, passados muitos anos para a solução processual, as funções preventivas especiais da pena acabam por se perder, já que no momento de imposição da persecução penal ou o indivíduo já se ressocializou totalmente ou, pior, intensificou seus laços com a criminalidade, ante a impossibilidade de intervenção estatal antecipada. Tal fenômeno acaba por causar um “curso circuito” no judiciário, que passa a buscar meios de antecipar a pena para garantir sua finalidade, ainda que contrários ao princípio da presunção de inocência, fadando-se ao absurdo de considerar o acusado hipoteticamente culpado e dando-lhe tratamento próprio da exigência punitiva.

O autor preceitua que o grande embate da questão da antecipação da execução penal reside justamente na definição da duração temporal da presunção de inocência do acusado e que a solução pode ser encontrada no direito comparado e nos tratados e convenções internacionais. Afirma que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem mostra-se tendente a coincidir o fim da presunção de inocência com a decisão da sentença de primeiro grau e que países como França e Bélgica adoram a perspectiva de executar a pena após a sentença condenatória, como resposta ao crescimento exponencial da criminalidade e à perda da eficácia intimidatória da pena pela mora processual. Acentua, no entanto, que tal tendência não se aplica a países como Brasil e Itália, que adotaram em sua Carta Maior, a necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para se iniciar a persecução penal, e que qualquer atitude nesse sentido deve ser reprimida.

No Brasil, há grande embate em relação ao tema, que correntemente é debatido na doutrina e jurisprudência, abrindo um vasto leque de fundamentos para cada lado. A corrente mais restritiva defende a constitucionalidade da execução provisória da pena quando a decisão for impugnável apenas por recurso especial (STJ) ou recurso extraordinário (STF), os quais não detêm efeito suspensivo, de forma que a condenação teria eficácia imediata, conforme determina a lei processual. (Nery Júnior, 2016)

Por outro lado, a corrente contrária defende ser inconstitucional a execução antecipada da pena, ainda que após o julgamento em segunda instância, pois viola o disposto no art. 5º, LVII, da CF/88, já que antecipa a culpabilidade do agente e deixa de exigir o trânsito em

julgado da sentença. Afirma que, nos termos dos arts. 502, do CPC/2015, 283, *caput*, do CPP, e 6, § 3º, da LINDB, considera-se coisa julgada a decisão judicial da qual não caibam mais recursos, não apenas os recursos ordinários mas também os extraordinários. Sustenta, ainda, como ponto crucial de impedimento da execução provisória, o fato de que a pena somente poderá ser executada após a expedição da guia de recolhimento, que somente pode ser expedida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos da Lei de Execução Penal.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nos dois sentidos. Até o ano de 2009, o Excelso Pretório seguia o entendimento de que a antecipação provisória da pena, após decisão condenatória em segunda instância, não contrariava o art. 5º, LVII, da Carta de 1988. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seguia a mesma linha, tendo inclusive sumulado o tema na Súmula 267, que dispunha: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”. Entretanto, em 05/02/2009, o STF, nos autos do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, passou a entender, em decisão dividida, pela impossibilidade de execução provisória da pena antes de findados todos os recursos cabíveis.

Tal questão parecia ter se consolidado na doutrina e na jurisprudência, no entanto, no ano de 2016, o tema novamente veio à baila. A Excelsa Corte, apresentando um novo panorama acerca da interpretação do princípio da presunção, decidiu, no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, mais uma vez por permitir a execução provisória da pena, entendendo, em síntese, que a formação da culpa cabe, em regra, aos juízos de primeira e segunda instância, não obstante a antecipação da pena a interposição de recursos extraordinários (REsp e RE), tendo prezado, após um juízo de ponderação, em uma análise sistemática, pela prevalência de outros valores constitucionalmente previstos em detrimento da presunção inocência.

A decisão logo tomou grandes proporções, gerando satisfação de uns e inconformismo de outros, tendo sido ajuizadas de pronto Ações Direitas de Inconstitucionalidade, visando reformar o entendimento firmado. Em sede liminar, foram indeferidas as liminares das ADCs, mantendo-se o estabelecido no HC 126.292/SP. Muitos questionam a atual atuação do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos anos vêm decidindo questões delicadas e causando polêmicas na doutrina, jurisprudência e no meio social, sobretudo se tal exercício e as interpretações dadas são legítimos. Assim, impede-se analisar mais aprofundadamente a

atuação da Excelsa Corte hodiernamente, assim como os aspectos interpretativos inerentes ao constitucionalismo contemporâneo, para aí sim avaliar cautelosamente os fundamentos favoráveis e contrários à execução provisória da pena, proferidos no âmbito da Suprema Corte.

CAPÍTULO II – O ATUAL MODELO DE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 Papel do Supremo Tribunal Federal no Direito Constitucional Contemporâneo

O papel de guardião da Constituição Federal e da ordem federativa, atribuído ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Republicana de 1891, reflexo da doutrina constitucional americana, conferiu à Suprema Corte a competência de análise da constitucionalidade do direito aplicado por meio de recurso especial, conforme rememora Gilmar Mendes (2015). Esse preceito maior hoje vem insculpido na Carta Magna de 1988, no *caput* do artigo 102, que define como competência precípua do STF a guarda da Constituição e estabelece taxativamente sua competência.

Ocorre que, diferentemente dos moldes em que foi posta a Carta de 1891, a Constituição Federal de 1988 possui uma essência garantista e uma carga interpretativa tensa, herdados das concepções do pós-positivismo e do constitucionalismo democrático, que lhe conferem, sobretudo, rigidez e supremacia, de forma que não só o Poder Judiciário, mas principalmente o Pretório Excelso, passam a ter *status* impar na interpretação constitucional e na definição de normas, para garantir o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais constitucionalizados.

Consoante preceitua Luís Roberto Barroso (2013), antes da CF/88 imperava no ordenamento jurídico a ausência de efetividade das normas constitucionais, de forma que a denominada doutrina brasileira da efetividade buscava inverter tal cenário, o que foi possível somente após a promulgação da Carta de 1988. O autor aponta como maior triunfo do movimento, além da mudança de paradigma no plano jurídico (normatividade plena da constituição) e no plano científico (reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo), a alteração no panorama institucional, que conferiu ao Poder Judiciário papel mais relevante na consolidação de direitos e de valores constitucionais, contribuindo para a sua ascensão organizacional. Assim, o Poder Judiciário passou a ter papel indispensável na efetivação da Constituição, não só na metodologia positivista, como pregava a doutrina da efetividade na busca de equiparar o direito à norma, mas também se valendo da ideologia pós-positivista, pautada na teoria dos princípios, colisões de direitos fundamentais, ponderação e mínimo existencial.

Nesse mesmo sentido, tem-se que, na idealização da teoria do neoconstitucionalismo, as constituições normativas garantistas, munidas de desenvolvido instrumento controle de constitucionalidade, proporcionam ao Poder Judiciário maior segurança na solução de conflitos, como é o caso da CF/88, haja vista os alicerces que amparam o modelo de Estado de Direito proposto por seus doutrinadores, *in vebis*

O *neoconstitucionalismo* propõe juntar essas duas vertentes, de modo a existirem *constituições normativas garantiastas*, que, dotadas de aperfeiçoado controle de constitucionalidade, seriam capazes de propiciar ao Poder Judiciário maior segurança na resolução de conflitos.

Como modelo de Estado de Direito, implantado com base em determinada forma de organização política, a ideia do *neoconstitucionalismo*, de acordo com os adeptos dessa vertente, assentar-se-ia:

- na forma normativa e vinculante das constituições;
- na supremacia e rigidez constitucional diante do sistema de fontes do Direito;
- na eficácia e aplicabilidade integrais da carta magna; e
- na *sobreinterpretação* constitucional, de sorte a impedir a existência de espaços em branco, sujeitos à discricionariedade legislativa. Por mais *político* que um litígio se apresente, ele deve ser submetido a um controle de constitucionalidade imparcial e técnico. (Bulos, 2015, grifos do autor)

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988, concebida sob os prismas da democracia e da supremacia e garantia das normas constitucionais, conferiu ao Poder Judiciário a independência e a autonomia necessárias para consolidar princípios, resolver conflitos, guardar e dar máxima efetividade à Constituição, bem como garantir o Estado Democrático de Direito instituído. Vicente de Paulo, Marcelo Alexandro e Alexandre de Moraes destacam a imprescindibilidade de tais prerrogativas para a instituição de um Estado Democrático de Direito, assim como para a garantia de um ordenamento jurídico íntegro e de efetiva aplicabilidade dos princípios da legalidade e da igualdade, substanciais à existência dos demais. Confira-se:

Pode-se afirmar, sem exagero, que não é possível conceber um Estado de Direito sem um Poder Judiciário independente, responsável não só pela solução definitiva dos conflitos intersubjetivos, mas, talvez precipuamente, pela garantia da integridade do ordenamento jurídico, mediante a aferição da compatibilidade entre os atos estatais e os comandos vazados na Constituição.

(...)

O Poder Judiciário, diferentemente, seja qual for o sistema de governo - presidencialista ou parlamentarista - sempre e obrigatoriamente deve ser um Poder plenamente independente, em um Estado Democrático de Direito, incumbido da guarda da Constituição, a fim de conferir efetividade, dentre outros, aos princípios da legalidade e da igualdade. (Paulo; Alexandrino, 2015)

O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito, pois, como afirma Sanches Viamonte, sua função não consiste somente em administrar a Justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios. Esta concepção resultou da consolidação de grandes princípios de organização política, incorporados pelas necessidades jurídicas na solução de conflitos.

Não se consegue conceituar um verdadeiro Estado democrático de direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni, “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de *independência*”.¹ (Moraes, 2015)

O Poder Judiciário ficou, portanto, incumbido tipicamente da função de julgar, na qual, por meio da aplicação da lei ao caso concreto, dirimi questões contenciosas, substituindo a vontade das partes. A função jurisdicional ou jurisdição é atributo exclusivo do Poder Judiciário e “exercita-se por meio de ordens gerais e abstratas, que equivalem a ordens legais, porquanto dessumidas das leis, e, eventualmente, dos costumes, equidade, princípios gerais de direito e analogia”, competindo apenas a ele controlar a legalidade de atos normativos e administrativos, o que o distingue de sobremaneira dos demais Poderes (Executivo e Legislativo). (Bulos, 2015).

Gilmar Mendes (2015), por seu turno, ao destacar que o Poder Judiciário é o que mais se singulariza, ressalta, nas palavras de Konrad Hesse, que o Judiciário não se destaca precipuamente dos demais Poderes por aplicar o direito, mas que o que caracteriza “a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados²”. E nessa passagem, é imperioso ressaltar que, dentro dessa competência, o Supremo Tribunal Federal detém a prerrogativa de proferir a última palavra na integração da norma.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, é o guardião da Constituição, tendo sido criado para garantir a supremacia constitucional, para assegurar a ordem jurídica, por meio do controle judicial dos atos do Poder Público. E, por possuir essa notável atribuição, a Carta Magna lhe conferiu competência exclusiva para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, que consiste em ações diretas de (in)constitucionalidade em face de leis ou atos normativos do Poder Público, lhe outorgando a perícia de enfrentar tanto questões jurídicas como políticas, e permite-lhe, se necessário, buscar soluções extrajudiciais para concretizar o direito e conferir máxima aplicabilidade à Constituição.

Bulos (2015) elenca que incumbe, preponderantemente, ao STF as seguintes missões:

- fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos;
- emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredito;
- primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, garantindo a separação de Poderes; e
- defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado.

Afirma, ainda, que o constituinte brasileiro, ao adotar o modelo norte-americano, conferiu ao STF o poder de enfrentar tanto questões jurídicas como políticas, já que tem o papel de assegurar a efetividade de um documento político, ou seja, “visou, duplamente, a defesa enfática do sistema constitucional e a sabedoria de homens aptos a enfrentar problemas jurídicos, mas também políticos, na devida ocasião”. Nessa conjectura, o Supremo fica autorizado a sair do texto, a desprender-se da lei, a fim solucionar casos obscuros e as lacunas legislativas, construindo, portanto, o próprio direito (direito *in concreto*). Em muitos casos pode firmar precedentes que gerarão grande repercussão, revelando sua atividade supletiva e seu poder normativo.

Ocorre que, embora a Constituição tenha lhe conferido *status* de Tribunal Constitucional Europeu, ao lhe reservar o domínio do controle concentrado, o STF também possui competência para processar e julgar questões estranhas ao controle abstrato, tais como mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, crimes comuns e de responsabilidade, dentre outras competências descritas na CF/88, de forma que também poderá verificar a constitucionalidade de lei ou ato do Poder Público de forma incidental, ou seja, em ação onde a pretensão principal não é a (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, como ocorre nos casos em que aprecia recursos extraordinários e, principalmente, o *habeas corpus*, via inclusive na qual se adotou o atual entendimento acerca da execução provisória da pena.

Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino tutelam que, nessas hipóteses em que o controle concentrado se apresenta por meio de instrumento incidental, o controle incidental é realizado na jurisdição concentrada. A propósito:

Com efeito, existem hipóteses em que a competência para realizar o controle de constitucionalidade está concentrada no órgão de cúpula do Poder Judiciário (controle concentrado), mas a ação a ele apresentada trata de um caso concreto, sendo a questão constitucional discutida incidentalmente (controle incidental). Nessas situações, o controle incidental é realizado na jurisdição concentrada (e não na jurisdição difusa, como é a regra).

Exemplo dessa situação é a competência exclusiva outorgada ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança nas hipóteses previstas no art. 102, I, "d", da Constituição Federal, quando essas ações envolvam, incidentalmente, apreciação de uma questão constitucional. Nessa situação, a jurisdição é concentrada (a competência para apreciar essas ações é exclusiva do Supremo Tribunal Federal), mas o controle da questão constitucional que tenha sido suscitada é exercido incidentalmente (porque tais ações somente podem ser ajuizadas diante de ofensa a direito subjetivo, in concreto; por isso, a questão principal concerne a um direito subjetivo que o autor entenda possuir, e apenas incidentalmente é posta a questão constitucional).

O controle de constitucionalidade é instrumento fundamental para garantia da supremacia da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Por meio dele busca-se verificar a validade e a conformidade das leis e dos atos dos Poderes Públicos com a Carta Magna, de forma a invalidar e afastar aqueles que sejam contrários a ela, garantindo, assim, os direitos e garantias fundamentais postos. Portanto, o controle de constitucionalidade tem como pressuposto maior a proteção do Texto Maior.

Conforme preceitua Dirley da Cunha Júnior (2014), caso não existisse um sistema capaz de garantir a superioridade e força normativa da Constituição, que retire do ordenamento jurídicos as antinomias que afrontem os preceitos fundamentais constitucionalmente instituídos, a Supremacia Constitucional estaria comprometida. Assim, o mecanismo de controle de constitucionalidade é ferramenta essencial não só para a garantia da supremacia das normas descritas no texto constitucional, mas também para evitar excessos, abusos e desvios de poder, e exige que todas as normas jurídicas sejam compatíveis, formal e materialmente, com o Texto Constitucional, sob pena de serem invalidadas e afastadas do ordenamento jurídico.

Conquanto seja dotada de superioridade e força normativa, a Constituição não está isenta de sofrer violações e abusos, tanto por parte do legislador ordinário como das demais autoridades públicas, e, por isso, o controle de constitucionalidade visa proteger a Carta Magna de atos proferidos por qualquer dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Tal mecanismo tem como preceito a proteção dos direitos e garantias fundamentais, mantendo os valores sociais a salvo das imposições meramente políticas e dos juízos contrários à legitimidade democrática, abrigando todos os princípios e normas constitucionais, independente de seu grau de importância, pois “só assim se concretiza o processo democrático, porquanto a defesa da constituição, em todas as suas entrelinhas, é signo referencial das instituições livres”. (Bulos, 2015).

No entanto, para a instituição de um controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico, não basta que a constituição seja suprema e que possua força normativa. Outros pressupostos como a necessidade de que a norma constitucional seja escrita, formal e rígida, assim como a designação pelo constituinte originário de um ou mais órgãos competentes para exercer o controle, são essenciais para a implementação desse mecanismo no Estado.

Assim, são pressupostos para o desempenho do controle de constitucionalidade: a) a existência de uma constituição formal e escrita; b) sua compreensão como norma jurídica fundamental, rígida e suprema; e c) a instituição de, ao menos, um órgão competente para o desempenho dessa atividade. O primeiro pressuposto consiste na exigência de se ter princípios e regras escritos em um texto formal, os quais serão os parâmetros de fiscalização. O Segundo traduz-se na necessidade de conferir às normas constitucionais hierarquia sobre as leis comuns, prevendo um processo especial e complexo para sua alteração e diferenciação. É a partir dessa peculiaridade que surge a ideia de que o controle de constitucionalidade é decorrência lógica da rigidez da constituição. Por fim, o último pressuposto necessário à existência do controle de constitucionalidade é a previsão constitucional, expressa ou implícita, de ao menos um órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos públicos, podendo esse órgão exercer função jurisdicional ou política, integrar ou não a estrutura do poder judiciário, sendo imprescindível que seja independente. (Cunha Júnior, 2014)

Bulos (2015), por seu turno, discorda dessa concepção e critica a exigência de uma constituição formal e rígida. Aduz que, embora constituições não-escritas e flexíveis não sejam dotadas de um instrumento formal de controle de constitucionalidade, como é o caso da Carta Britânica, elas possuem sim um controle informal de constitucionalidade, solidificado em seus costumes, praxes e documentos jurídicos, que são preservados pela força do Parlamento. Alega, ainda, ser um equívoco estabelecer a rigidez constitucional como pressuposto para a fiscalização constitucional, já que tal preceito permite apenas uma verificação formal da constitucionalidade, de forma que não afetaria o controle material, presente nas constituições flexíveis.

Data vênia, embora bem pontuados os argumentos do doutrinador, figura-se na doutrina majoritária o entendimento contrário. Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino (2015) destacam, inclusive, que, não sendo a constituição formal e rígida, inexistente o instrumento de controle concentrado, seja porque não há hierarquia entre as normas, seja

porque não há parâmetro instituído para o controle, salientando que nesses sistemas jurídicos as leis ordinárias e as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia e mesmo processo de alteração, de forma que a produção de uma nova norma derroga ou revoga a anterior, independente de ser constitucional ou não. Por fim, sintetizam as peculiaridades necessárias em um sistema jurídico para instituição do controle de constitucionalidade, da seguinte forma:

- a) a noção contemporânea de controle de constitucionalidade das leis tem como pressuposto a existência de uma Constituição do tipo rígida;
- b) a rigidez da Constituição tem como consequência imediata o princípio da supremacia formal da Constituição;
- c) o princípio da supremacia formal da Constituição exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam de acordo com o texto constitucional;
- d) aquelas normas que não estiverem de acordo com a Constituição serão inválidas, inconstitucionais e deverão, por isso, ser retiradas do ordenamento jurídico;
- e) há necessidade, então, de que a Constituição outorgue competência para que algum órgão (ou órgãos), independente do órgão encarregado da produção normativa, fiscalize se a norma inferior está (ou não) contrariando o seu texto, para o fim de retirá-la do mundo jurídico e restabelecer a harmonia do ordenamento;
- f) sempre que o órgão competente realizar esse confronto entre a lei e a Constituição, estará ele efetivando o denominado "controle de constitucionalidade".

Além dos parâmetros exigidos para instituição do controle de constitucionalidade, há também diversos modelos a serem adotados em um ordenamento jurídico, que definirão as formas e o momento em que se realizará a fiscalização, seus parâmetros, o(s) órgão(s) competente(s), assim como o modo ou via em que se manifestará.

Quanto ao parâmetro, preceitua Dirley da Cunha Júnior (2014) que, em regra, adota-se todo o texto constitucional, como ocorre no Brasil, mas que também pode ser adotado apenas alguns dispositivos do texto constitucional, ou ainda um bloco formado pela Constituição e por princípios supralais, como é o caso da Alemanha.

No que tange ao momento da realização, o controle pode ser preventivo (durante o processo de elaboração, ou seja, antes da perfeição do ato) ou repressivo (após sua elaboração, independente da sua entrada em vigor). No Brasil, adota-se os dois modelos, mas alerta o autor que o preventivo é praticado em reduzidíssima escala pelos Poderes Legislativo, por meio dos pareceres em projetos de lei das Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas, e Executivo, por meio do veto jurídico-constitucional dos Chefes do Executivo por motivo de inconstitucionalidade. Salienta que o STF não tem admitido o controle preventivo nas ações objetivas, acolhendo, no entanto, a verificação, por meio de mandado de segurança de parlamentar, referente à constitucionalidade de Projeto de Emenda à

Constituição. Portanto, predomina no ordenamento jurídico brasileiro o controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário. (Cunha Júnior, 2014)

Em relação ao órgão fiscalizador, o ordenamento jurídico pode defini-lo de acordo com a escolha entre às técnicas de controle político, jurídico ou misto. O controle político é realizado pelo Poder Legislativo e/ou Poder Executivo, ou seja, por órgão estranho à estrutura do Poder Judiciário. Já o controle jurisdicional somente pode ser exercido por órgãos que componham o Poder Judiciário, ou seja, trata-se de uma atribuição exclusiva desse poder. Ambos os modelos apresentam bons fundamentos que justificam sua adoção, no entanto, também recebem fortes críticas doutrinárias, conforme apresenta Bulos (2015):

a) Controle Político

(...)

Fundamentos que justificam sua adoção:

- Somente os órgãos políticos é que dominam a dinâmica da ordem judiciária, pois, quando a constituição é fiscalizada pelo Poder Judiciário, não há sensibilidade política; e
- Os juízes ao decretar a inconstitucionalidade de um ato jurídico acabam por anular as próprias deliberações do Legislativo e Executivo, atentando contra o princípio da separação de poderes.

Críticas endereçadas ao controle político:

- A experiência evidencia que o controle político se baseia muito mais num juízo de conveniência, desprovido de respaldo técnico; e
- Essa forma de controle é redundante e parcial, pois é o próprio Poder Legislativo que controla a constitucionalidade dos atos que ele mesmo criou. Aí sim é que há violação à cláusula da separação de Poderes.

(...)

b) Controle jurisdicional (judiciário ou jurídico)

(...)

Funda-se nos seguintes argumentos:

- a jurisdição constitucional deve reservar-se ao Poder Judiciário, porque a verificação da compatibilidade das leis e atos normativos perante a carta magna é tarefa que exige, a um só tempo, técnica e imparcialidade; e
- o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário é uma maneira eficaz para combater a falibilidade do legislador, fazendo valer o império das leis na medida dos *direitos da liberdade*. Só assim é possível efetivar-se o princípio da supremacia constitucional, em toda a sua plenitude.

Críticas endereçadas ao controle judiciário:

- seu uso é responsável pela existência de um “governo de juízes” ou “judiciocracia”, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos com a Suprema Corte Americana, autêntica terceira câmara legislativa (Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*, p. 245);
- tal sistema desvia o Poder Judiciário do seu ofício típico, convertendo-o num órgão de natureza política, algo que lhe é vedado por essência, pondo em xeque o princípio da separação de Poderes; e
- os juízes, em geral, são legalistas, insensíveis e tecnicistas. Nisso, opõem-se os avanços, representando obstáculo conservador às reformas sociais.

Em meio a essa celeuma doutrinária, o autor complementa. Informa que, na prática, o controle político puro não é recomendado, podendo apresentar benefício apenas se exercido de forma mitigada, por meio de um tribunal político-jurídico. Por outro lado, aduz que são excessivas as críticas feitas ao modelo jurisdicional, já que sua adoção tem se figurado positiva, sobretudo quando exercido com respeito aos elementos da ordem política. Essa exigência de temperamentos aos modelos puros fez com que surgisse o modelo misto, adotado no Brasil, que conjuga as técnicas política e jurídica, não havendo maiores críticas sobre ele, por ser considerado atualmente o melhor sistema a ser adotado.

Nesse interim, complementa Direly da Cunha Júnior (2014), com amparo em Gilmar Ferreira Mendes, que a teoria que defende a ilegitimidade do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade firma-se no argumento de que os juízes não representam a vontade de povo, já que não são eleitos, sendo inadmissível, portanto, o controle e a invalidade das normas e atos dos demais Poderes eleitos. Para os adeptos dessa doutrina, o controle jurisdicional é visto como um risco à democracia, já que as decisões da Corte Constitucional estão isentas de qualquer controle democrático.

Ao rebater a questão, o autor, assim como Uadi Lammêgo Bulos (2015), recorre à experiência positiva vivida por países que adotaram o sistema judicial de controle, a qual demonstrou que o controle realizado pelo Poder Judiciário tornou-se essencial ao Estado Democrático de Direito. Confira-se:

Deveras, a experiência constitucional de vários Países tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar nem realizar seus valores fundamentais sem um justiça constitucional, de modo que, guardadas as peculiaridades destes Estados, a justiça constitucional deve ser considerada como uma *condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito*¹⁵. Ao revés de apontar dúvidas quanto à legitimidade da justiça constitucional e, com ela, do controle judicial de constitucionalidade, devemos ter em mente que, hodiernamente, a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos, haja vista que a ideia de justiça constitucional passou a ser progressivamente compreendida como elemento necessário da própria definição do Estado Democrático de Direito.

E não é só. Acrescenta que a melhor justificativa para a legitimação da fiscalização pelo Poder Judiciário reside na atual exigência, pelo regime democrático, de uma atuação mais ativa do judiciário na efetivação e desenvolvimento das normas constitucionais,

sobretudo em relação às ações e omissões do Poder Público, garantindo, dessa forma, as premissas básicas do Estado Democrático de Direito e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cujo dever de guarda e defesa compete ao Poder Judiciário. Por fim, conclui que, dadas as peculiaridades do constitucionalismo moderno, percebe-se “que a jurisdição constitucional passa a ser compreendida como uma peça-chave fundamental em uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização ao regime democrático⁴⁸”.

Por fim, no que concerne ao número de órgãos habilitados, ao modo de manifestação ou vias de ação do controle de constitucionalidade, tem-se, talvez, o modelo que melhor definirá o exercício da atividade de controle no ordenamento jurídico, que consiste no controle difuso (via incidental) e controle concentrado (via abstrata).

O controle difuso é conferido a qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, podendo a inconstitucionalidade ser arguida por meio de ação subjetiva ou de um recurso, em qualquer grau de jurisdição. Trata-se, portanto, de via incidental (de exceção), na qual o controle de constitucionalidade será realizado no curso de uma demanda judicial concreta, sendo que a questão prejudicial deverá, necessariamente, ser apreciada e julgada antes da principal. No controle difuso, o interessado não visa diretamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas sim a defesa de algum direito subjetivo. No Brasil, a fiscalização incidental pode ser provocada e suscitada:

(a) pelo autor, *na inicial de qualquer ação*, seja de que natureza for (civil, penal, trabalhista, eleitoral e, principalmente, nas ações constitucionais de garantia, como mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública, qualquer que seja o tipo de processo e procedimento (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar) ou (b) pelo réu, *nos atos de resposta* (contestação, Reconvenção e exceção) ou nas *ações incidentais de contra-ataque* (embargos à execução, embargos de terceiros, etc). (Cunha Júnior, 2014, grifo do autor).

São ainda legitimados para provocar o controle incidental na demanda os terceiros intervenientes, o Ministério Público, quando oficie no feito, e o juiz ou tribunal, de ofício. No que se refere a este último, há controvérsias acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, se poderia ele suscitar ou não a constitucionalidade incidental. Entretanto, conforme aponta Bulos (2015), atualmente, predomina o entendimento, inclusive no âmbito da Excelsa Corte, de que, se achar conveniente, poderá suscitar, de ofício, a questão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público e sobre ela

decidir, independentemente de a matéria está prequestionada, já que lhe incumbi o papel de guardião da Constituição.

Declarada a inconstitucionalidade em sede incidental, a decisão, em regra, retroagirá à origem do ato, produzindo efeitos apenas em relação às partes envolvidas na lide, ou seja, os efeitos do controle difuso são, *a priori*, *ex tunc* e *inter partes*. Pode o Supremo, no entanto, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica e relevante interesse social, modular os efeitos de sua decisão, por 2/3 de seus membros, concedendo-lhe efeitos prospectivos (*ex nunc*). Ressalta-se que, à mingua dos debates acerca da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, não cabe ao Supremo conceder eficácia vinculante e *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso, o que poderá se concretizar com a suspensão da lei ou ato por ato do Senado Federal. (Paulo; Alexandrino, 2015)

O modelo de controle concentrado, por sua vez, confere a competência apenas a um órgão de natureza jurisdicional para decidir acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público. Neste modelo, diferentemente do que ocorre no difuso, a pretensão do autor é a própria questão constitucional, que será suscitada por meio de ação direta (via principal), com vistas a resguardar a harmonia do ordenamento jurídico. Não há caso concreto nem interesses subjetivos, o órgão judicial apreciará a questão abstratamente, verificando se a questão suscitada é ou não compatível com as regras e princípios plasmados na Carta Magna. No ordenamento jurídico pátrio, o controle concentrado foi conferido ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete apreciar, originariamente, em sede ações objetivas (Ação Direta de Constitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade por omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a constitucionalidade de leis ou atos normativos em face da Constituição. (Paulo; Alexandrino, 2015).

Cabe Salientar que, no controle concentrado, o Supremo “atua como *legislador negativo*, não podendo converter seu *munus* em instrumento de *legiferação positiva*”, ou seja, não pode atuar como se legislador fosse, criando normas primárias, mas deve reservar-se a sua competência de retirar do ordenamento jurídico leis e normas inconstitucionais. (Bulos, 2015)

Sendo declarada a inconstitucionalidade no controle concentrado, a decisão do Pretório Excelso produzirá os seguintes efeitos: a) *erga omnes* – estende-se a todos e não apenas aos litigantes; b) repristinatórios – revalidam-se as normas revogadas; c) retroativos –

ex tunc -, em regra, podendo o STF lhe conferir efeitos prospectivos – *ex nunc*; e d) vinculantes – vincula os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal – parâmetro de observância geral e obrigatória. (Bulos, 2015)

Resumindo, no Brasil o controle de constitucionalidade possui as seguintes características:

- Quanto ao parâmetro de controle: toda a Constituição;
- Quanto ao momento de realização: pode ser preventivo ou repressivo;
- Quanto ao órgão fiscalizador: controle misto, sendo o político realizado pelo Executivo e pelo Legislativo e o jurisdicional pelo Judiciário; e
- Quanto ao número de órgãos habilitados, modo de manifestação e vias de ação: Difuso (via incidental), exercido por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário, e concreto (via abstrata/principal), exercido exclusiva e originariamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas do imponente papel conferido ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Federal de 1988, outorgando-lhe poderosas ferramentas para efetivar o delicado papel de sua guarda. Mas, como é sabido, “grandes poderes trazem grandes responsabilidades”, e o compromisso maior que o Pretório Excelso tem para com o Estado Democrático de Direito brasileiro é justamente de efetivar a Constituição, garantir sua aplicabilidade, assegurando os interesses de todos através da hermenêutica constitucional. Entretanto, como visto no primeiro capítulo, não há hierarquia entre os direitos e princípios fundamentais e, por diversas vezes, seu exercício acaba por gerar conflitos complexos de interesses. Nesse confronto, por ser a autoridade máxima legitimada para apresentar a solução, emitindo a última palavra, o Supremo terá que se valer das minúcias do exercício interpretativo para definir qual interesse prevalecerá.

Ocorre que a hermenêutica não é imutável, não se solidificou no tempo, tendo as tendências do neoconstitucionalismo lhe dado novas perspectivas e arranjos interpretativos, e, com a evolução constitucional e as pluralidades e complexidades das sociedades contemporâneas, o STF se tornou mais ativo e passou a tomar decisões que inquietaram doutrinadores e juristas, causando grandes polêmicas no mundo jurídico. O que acaba por demandar um estudo mais detalhado da evolução hermenêutica no Brasil.

2.2 Influências do Neoconstitucionalismo na hermenêutica contemporânea

As mudanças de paradigma ocorridas no Brasil após os regimes ditatoriais, que restam efetivadas na Constituição Federal de 1988 e que mantêm em constante aperfeiçoamento o ordenamento jurídico nacional, decorrem do neoconstitucionalismo, que possui ideais pós-positivistas e parte de um modelo normativo axiológico, tendo sido fundamental não só na instituição do constitucionalismo democrático, na expansão da jurisdição constitucional, na aceção de supremacia e de força normativa de Constituição, mas, sobretudo, na instituição de uma nova concepção da hermenêutica constitucional, baseada em princípios, regras e valores.

Segundo seus adeptos, o neoconstitucionalismo é marcado pelas seguintes características: representa uma nova Teoria do Direito Constitucional; promove a constitucionalização do direito; inova a hermenêutica constitucional; confere força normativa à Constituição; corresponde a uma nova ideologia de análise de Direito; simboliza um novo sistema político e jurídico; estabelece um novo modelo de Estado de Direito; e agrega novos valores que se manifestam fortemente. (Bulos, 2015)

Tais características foram fundamentais na ascensão da positivação de liberdades públicas, fazendo com que as constituições contemporâneas expressem a necessidade de uma sociedade mais justa e igualitária, fortemente preocupada com a ética e com a moral, impondo-se a criação de mecanismos de defesa dos direitos fundamentais constitucionalizados. Consequência disso é a instituição de constituições dirigentes extensas, amplas e analíticas, com alta carga valorativa e com um constitucionalismo exacerbado, que proteja o indivíduo dos abusos estatais e dê ênfase aos direitos e garantias fundamentais aspirados por uma sociedade assolada pelos regimes totalitários. Nessa perspectiva, Bulos aponta como traços marcantes do Neoconstitucionalismo os seguintes:

- fase marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, consagrando uma espécie de totalismo constitucional, conseqüente à ideia de constituição programática;
- alargamento dos textos constitucionais, isentando os indivíduos das coações autoritárias em nome da democracia política, dos direitos econômicos, dos direitos dos trabalhadores;
- disseminação da ideia de constituição dirigente que diverge daquela visão tradicional de constituição, que a concebe como lei processual, definidora de competências e reguladora de processos;
- advento de novos arquétipos de compreensão constitucional, que vieram a enriquecer a Teoria Geral das Constituições;

- destaque dos direitos e garantias fundamentais como resposta às aquiescências, angústias e brados por uma sociedade melhor, justa e igualitária.

Conforme preceitua Gilmar Mendes (2015), a supremacia do valor normativo da constituição não surge do nada, decorre do empenho de reflexões feitas ao longo da história, em busca de se limitar o poder do Estado e priorizar a convivência social e política, consignando que, ao conjunto de conquistas vivenciadas atualmente no Estado de Direito, muitos autores dão o nome de neoconstitucionalismo:

O valor normativo supremo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento⁵³. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição)⁵⁴, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes⁵⁵. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.

Todas essas concepções do neoconstitucionalismo alteraram acentuadamente a percepção da Constituição e, conseqüentemente, a forma de interpretá-la, podendo ser destacados em três marcos, quais sejam: histórico (marcado pela redemocratização, que no Brasil se deu com a promulgação da CF/88), filosófico (determinado pelos ideais do pós-positivismo) e teórico (marcado pela mudança nos paradigmas da força normativa da Constituição, da ampliação da jurisdição constitucional e da inovação hermenêutica).

Bulos (2015) sintetiza da ideia de cada marco, da seguinte forma:

O *neoconstitucionalismo* equivale a um **marco histórico** na sociedade contemporânea, porque retrata o conjunto amplo de transformações operadas no Estado de Direito.

Também seria um **marco filosófico**, irmanando-se com o pós positivismo jurídico, reaproximando o Direito da Ética, além de colocar as liberdades públicas no centro de todos os debates.

Finalmente, o *neoconstitucionalismo* corresponde a um **marco teórico**, uma vez que proclama, em alto e bom som, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma “nova” dogmática de interpretação das constituições.

O marco histórico é caracterizado pela instituição de uma nova forma de organização política, o Estado Democrático de Direito, fruto da conciliação das ideias de constitucionalismo e de democracia que surgiram na Europa após a 2ª Guerra Mundial, na busca de sua reconstitucionalização. No Brasil, o marco histórico se dá com a promulgação da Constituição de 1988, que redemocratizou o país, ao promover a incrível superação das mazelas de um regime autoritário, marcado pela intolerância e pela violência. E não só, o Texto Maior proporcionou ao País estabilidade institucional e um sentimento de respeito à Constituição. (Barroso, 2013).

O filosófico é marcado pelos ideais pós-positivistas, que é caracterizado pela confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo. Nesse ponto podemos destacar a acepção do neoconstitucionalismo, defendida por Bulos (2015) como o “ponto de confluência entre o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico”. Para o autor, nessa teoria, a constituição do Estado deve integrar os aspectos das três ideologias, afastando-se as concepções unilaterais que buscam desuni-las do pensamento jurídico, buscando-se, portanto, agregar os princípios morais do direito natural aos preconizados pelo positivismo e pelo realismo jurídico. Quanto a essa última teoria, destaca o doutrinador seu conceito de que a jurisprudência deve ser tomada como fonte primária e imediata do direito, não se limitando a atividade judicial a apenas reproduzir a norma, mas possuindo sim força criadora para suprir as lacunas normativas, pela exegese teleológica, dentro dos limites impostos pela lei.

Ao final, conclui que tal confluência nada tem de contraditório, como pode aparentar, consignando que os aspectos multifacetários que envolvem os direitos fundamentais não podem ter a complexidade de sua estrutura “explicada, suficientemente, de um só ângulo, mas, apenas, pela soma das três grandes vertentes do pensamento jusfilosófico: o positivismo, o jusnaturalismo e o realismo jurídico”.

Barroso (2013), por sua vez, alega que o pós-positivismo nasce da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo, propondo uma interpretação além do direito posto, mas sem desprezá-lo, fazendo uma releitura moral do direito, num conjunto de ideias ricas e heterogêneas, que buscam integrar a normatização dos princípios aos valores e regras, a partir da inovação da hermenêutica constitucional, promovendo-se uma reaproximação do Direito com a filosofia. Confira-se:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito

posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismo ou personalismo, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Por fim, o marco teórico é marcado por três grandes transformações, quais sejam: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional. A primeira mudança consistiu em atribuir superioridade e imperatividade ao texto constitucional, descaracterizando-o do modelo de documento meramente político, de forma que os ditames da Constituição passaram a ser de observação obrigatória, reconhecendo, portanto, à Constituição força normativa, caráter vinculante e obrigatório. A segunda transformação origina-se da necessidade da Supremacia Constitucional de imunizar os direitos fundamentais constitucionalizados dos processos políticos majoritários, exonerando-os da concepção da supremacia Parlamentar, de forma que sua proteção passa a ser de competência de um Poder Judiciário munido de instrumentos de controle constitucional. Por fim, a terceira alteração é triunfo da força normativa da Constituição e do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, o que acabou por inaugurar uma nova perspectiva acerca da interpretação constitucional, a partir do aperfeiçoamento dos métodos hermenêuticos clássicos, em razão das especificidades das normas constitucionais. (Barroso, 2014)

No que concerne especificamente ao paradigma da nova hermenêutica constitucional, imperioso faz-se destacar alguns pontos importantes dessa mudança. Inicialmente, cabe ressaltar que a hermenêutica constitucional é uma das modalidades de interpretação jurídica, e, por isso, vincula-se aos modelos clássicos de interpretação, definidos como gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ocorre que, dadas as peculiaridades da Constituição, tais modelos tornaram-se insuficientes na aplicação das normas constitucionais, de forma que foram desenvolvidos alguns princípios próprio ao longo da história, quais sejam, o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e da efetividade. (Barroso, 2013)

Na interpretação convencional, esses modelos e princípios são aplicados por meio da subsunção. Nessa técnica, as normas (premissa maior) e os fatos (premissa menor) são bem definidos, cabendo ao intérprete apenas exercer uma função técnica de conhecimento de identificar a norma aplicável e definir suas consequências sobre o caso concreto, ou seja, limita-se ao disposto na norma, não emite nenhum ato de vontade nem desempenha qualquer papel criativo. O novo modelo hermenêutico, proposto pelo neoconstitucionalismo, parte exatamente dessa objetividade do modelo tradicional para consolidar suas teses, afirmando que não é verdade que normas jurídicas em geral apresentem sempre o mesmo sentido e objetivo para situações diversas. Defende, essa teoria, que o conteúdo aberto e principiológico das normas constitucionais são totalmente dependentes da realidade subjacente e que até podem apresentar uma moldura base para solução de determinados casos, mas que o verdadeiro sentido da norma somente será revelado a partir dos elementos concretos, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados, em uma solução constitucional adequada. (Barroso, 2013)

É certo que as tendências da nova interpretação constitucional não inibem, nem poderiam inibir, os modelos e princípios tradicionais, os quais inclusive solucionam casos simples por si sós. Mas o que deve ficar claro, nesse novo modelo, é que os fatos e o intérprete ganham maior relevância, sobretudo em hipóteses de colisão de normas, em que não é possível, em tese, colher a solução adequada apenas do sistema em que se insere, haja vista as peculiaridades do caso concreto, permitindo, portanto, ao interprete, dentro dos limites da sua discricionariedade, fazer escolhas, assim como integrar subjetivamente os princípios, normas abertas e os conceitos jurídicos indeterminados. Desse modo, a hermenêutica moderna parte da premissa de que as normas serão determinadas a partir dos fatos e que o intérprete, dentro dos limites impostos, exerce papel criativo.

Gilmar Mendes (2015), ao tratar da relevância que foi dada ao intérprete no constitucionalismo contemporâneo, consigna que:

Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.

Nessa transição, Barroso (2013) enumera “três mudanças de paradigmas que abalaram a interpretação tradicional”, assim definidas: 1. Superação do formalismo jurídico; 2. Advento de uma cultura jurídica pós-positivista; e 3. Ascensão do direito público e a centralidade da Constituição.

A primeira mudança está atrelada justamente à quebra da visão do Direito como expressão de razão, como uma justiça imanente, que se resolve por meio da operação lógica e dedutiva da subsunção, passando a qualificá-lo como uma expressão de interesses dominantes em um dado momento e lugar, o qual não encontra no ordenamento jurídico uma solução pré-pronta. Confira-se:

Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tronam dominantes em dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de legitimar suas decisões em valores morais e em fins políticos legítimos.

A segunda quebra de paradigma consiste exatamente na reaproximação do Direito com a filosofia moral e política, proposta pela cultura jurídica do pós-positivismo, em que a solução para as lides não é encontrada apenas no diploma legal em que estão inseridas, mas sim além dele, de forma a se buscar a justiça e outros valores, assim como a aplicação das ciências sociais, a legitimidade da democracia e a realização de fins públicos que promovam o bem comum. Ressalta-se que o “pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela”. Dessa forma, o pós-positivismo inclui na nova interpretação uma relação entre valores, princípios e regras, que devem ser analisados sobre o prisma dos direitos fundamentais, idealizado sobre o fundamento da pessoa humana.

Por fim, a terceira mudança de paradigma, consistente na ascensão do direito público e centralidade da Constituição, decorre da gradativa publicização do Direito, que até meados do século XIX era predominantemente privado, e que no final do século XX acabou por resultar na centralidade da Constituição, de forma que passou a ser o ponto central da interpretação constitucional. Assim, toda interpretação jurídica deve ter como parâmetro a Constituição, seus valores e seus princípios.

Todas essas mudanças de paradigmas da nova interpretação constitucional podem ser demonstradas de maneira eloquente pelas diferentes categorias com as quais trabalha. São elas as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Nas denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que têm conteúdo aberto, o interprete deve completar seu significado a partir das circunstâncias do caso concreto, levando em consideração fatores objetivos e subjetivos, para definir e limitar o sentido de alcance da norma. Os princípios, do mesmo modo, não prescrevem condutas específicas, mas determinam valores ou indicam fins públicos que podem ser realizados por meios diversos, transferindo ao intérprete a discricionariedade de definir seu sentido de alcance no caso concreto, já que não permitem, *prima facie*, a solução completa das questões em que incidem. (Barroso, 2013)

Como as constituições contemporâneas são dialéticas e consagram diversos bens jurídicos, podem eles entrar em conflito num determinado caso concreto, de forma que o intérprete deverá analisar as circunstâncias fáticas e determinar qual prevalecerá na hipótese. Nesses casos, como não há hierarquia entre princípios e direitos fundamentais nem pode a interpretação levar a extinção de qualquer das normas, a subsunção torna-se ineficaz, de forma que o interprete deverá realizar um juízo de ponderação, fazendo concessões recíprocas para escolher qual interesse prevalecerá, preservando ao máximo a essência de cada um sob o prisma do princípio da razoabilidade.

Por fim, a argumentação resume-se no controle da racionalidade dos intérpretes na ponderação de casos difíceis, onde mais de uma solução pode ser válida e razoavelmente aplicada. As soluções criativas do julgador devem ser fundamentadas e, para serem legítimas e racionais, o interprete deve ater-se ao seguinte:

- (i) recondu-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.²⁹

Como visto, o neoconstitucionalismo e seus dogmas deram à interpretação constitucional muito mais abrangência e complexidade, assim como proporcionou a formação

de um sistema jurídico mais firme, imparcial e justo, impulsionado pela garantia das liberdades públicas e pela igualdade. Foi responsável pela solidificação e expansão da jurisdição constitucional, conferindo maior liberdade ao Judiciário para apreciar e solucionar casos difíceis. Em suma, criou um novo panorama para a hermenêutica constitucional, que se mantém em constante aprimoramento devido aos ideais pós-positivistas. E nesse prisma, cabe pontuar que a interpretação constitucional tem evoluído para além do ordenamento jurídico nacional, de forma a buscar em outros ordenamentos soluções para casos complexos com os quais os interpretes têm se deparado hodiernamente.

Conforme preceitua Bulos (2015), o denominado Transconstitucionalismo “decorre do caráter multicêntrico dos sistemas jurídicos mundiais, onde a conversa e o diálogo desenvolvem-se em vários níveis que se integram, formando um bloco compacto de comunicação entre os autores do cenário estatal”, no intuito de resolver problemas constitucionais. O transconstitucionalismo pode ocorrer entre estados do mesmo ordenamento jurídico (*lato sensu*) ou pode ocorrer entre ordens jurídicas de Estados diferentes (*stricto sensu* ou transconstitucionalismo propriamente dito), nos interessando este último, que possui as seguintes características:

- exige que o estudioso abandone, por completo, aquela ideia, haurida do constitucionalismo moderno, de que o conceito de constituição liga-se, exclusivamente, a determinado Estado, sem que daí seja preciso recorrer a outras constituições de outros Estados;
- permite a externalização e internalização de informações entre Estados, órgãos e atividades completamente diferentes. Pela troca de experiências, conhecimentos, técnicas etc.;
- duas ou mais ordens jurídicas de Estados distintos se entrelaçam, mantendo a independência inerente a cada uma; e
- fomenta a existência de pontes de transição entre ordens jurídicas, onde órgãos do poder de Estados diversos passam a se intercomunicar, solidificando relacionamentos formais e informais.

Deve-se destacar que o transconstitucionalismo não se confunde com a praxe do “provincianismo jurídico”, que recorrem ao direito comparado sem efetivamente harmonizar o sentido e o conteúdo externo com o âmbito interno. Vai além disso, deve-se amoldar a prática de outro país ao ordenamento jurídico nacional, integrando-o com o conhecimento firmando na ordem jurídica do outro Estado. O autor cita, inclusive, julgados em que a Suprema Corte decidiu com base nesse novo plano, como, por exemplo, a ADI 3.510/DF, na qual rejeitou o pleito de decretação de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de

Biossegurança, que trata das pesquisas com células-tronco embrionárias.

As evoluções apresentadas pelo neoconstitucionalismo e pelo transconstitucionalismo denotam que o desenvolvimento das sociedades e suas complexidades vão exigir cada vez mais instrumentos hermenêuticos para a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, assim como levarão mais frequentemente casos difíceis para serem solucionados pelo Judiciário e que, certamente, levantarão grandes polêmicas, já que nessas hipóteses os interesses envolvidos são constitucionalmente legítimos.

2.3 Hermenêutica constitucional contemporânea

Conforme visto no tópico anterior, a hermenêutica constitucional passou por fortes mudanças e, com as tendências pós-positivistas do neoconstitucionalismo, sobretudo no que se refere à supremacia da Constituição e a sua redemocratização, passou a ter papel mais importante na aplicação da norma, de forma que surgiram novas regras, técnicas, métodos, artifícios e princípios interpretativos, sem, no entanto, extinguir os métodos tradicionais. Nesse novo modelo, os fatos e seus desdobramentos são essenciais à exegese constitucional, assim como o intérprete ganha mais poder e autonomia na definição do sentido normativo e na solução de problemas.

Conforme preceitua Luis Roberto Barroso (2015), hermenêutica jurídica consiste no domínio teórico que identifica, desenvolve e sistematiza princípios de interpretação do direito, ao passo que caberá à interpretação jurídica, por meio de métodos, técnicas e parâmetros, revelar ou atribuir sentido a textos e elementos normativos, com o fim precípua de resolver problemas. Trata-se de técnica que busca compreender e dar sentido aos enunciados normativos, analisando os fatos relevantes e a realidade subjacente, superando a dualidade tradicional de interpretação/aplicação. A aplicação da norma jurídica é a fase final do processo interpretativo (norma jurídica como produto da interpretação), transformando-se em norma decisão quando a realidade se conformar ao direito.

Assim, a interpretação possui o papel essencial de retirar do enunciado normativo seu sentido, para definir a norma jurídica que será aplicada ao caso concreto. Nesse aspecto passou a doutrina a adotar três terminologias das normas constitucionais no processo interpretativo, quais sejam: “*enunciado normativo* (texto em abstrato), *norma jurídica* (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interpretação texto/realidade) e *norma decisão* (regra

concreta que decide a questão). (Barroso, 2015)

A hermenêutica constitucional complementar divide-se em três estágios, o da construção, o da concretização e o da aplicação. O primeiro nasce para suprir deficiências ou imperfeições do Texto constitucional originário, construindo ou recompondo o direito aplicável de acordo com as exigências e necessidades das circunstâncias fáticas. A segunda fase consiste no preenchimento da lacuna constitucional, de forma a permitir a solução dos problemas verificados. Por fim, a aplicação traduz-se na possibilidade de se aplicar a norma constitucional ao caso concreto. Assim, a exegese constitucional busca encontrar:

- o conteúdo semântico dos enunciados normativos dispostos nos artigos, parágrafos, incisos e alíneas das constituições;
(...)
- o sentido racional, lógico e justo para efetivar *a vontade da constituição*; e
(...)
- o espaço de decisão (=campo de interpretação das normas constitucionais). Esse espaço pode ser ampliado, via exegese extensiva, ou diminuído, por exegese restritiva. (Bulos, 2015, grifos do autor)

Gilmar Ferreira Mendes (2015) preceitua que não há outra razão para buscar o sentido da norma senão para conformá-la a vida social, consistindo a interpretação em “atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescandível relevo para a vida social e para a definição do Direito”. Afirma que não há aplicação da norma sem interpretação. Nesse mesmo sentido, Bulos (2015) complementa que a interpretação constitucional é indispensável, não estando nenhum texto da constituição isento da exegese, já que “ela antecede a própria aplicação das normas que organizam o Estado”, contemplando a transição da norma em abstrato para o “dever ser” nas concepções sócias, históricas, econômicas, políticas e religiosas, de forma a dar efetividade e harmonia aos preceitos constitucionais.

Dadas as especificidades das Constituições hodiernas, que protegem ao mesmo tempo diversos preceitos fundamentais, as normas constitucionais tendem a se conflitarem no caso concreto. Um dos papéis principais da hermenêutica contemporânea consiste justamente em solucionar os conflitos existentes no ordenamento jurídico, valendo-se tanto dos métodos clássicos, assim como de métodos e princípios modernos próprios da exegese constitucional, conferindo maior eficácia e aplicabilidade possível de todas as normas constitucionais.

(Paulo; Alexandrino, 2015)

Tais ferramentas hermenêuticas visam auxiliar o intérprete na resolução de conflitos, conforme definido por Vicente Ráo:

(...) a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam. (*apud* Moraes, 2015)

Não há um critério matemático pré-definido para o exercício da interpretação constitucional, de forma que não se pode afirmar que levarão a um resultado correto, mas sim a um possível resultado. Todos os métodos recebem críticas e objeções, mas o que deve ser reforçado é que todos eles são relativos e complementares, visto que são infinitos os contextos-fáticos em que irão incidir e deve o intérprete valer-se de todos os recursos interpretativos que estejam ao seu alcance na análise do caso concreto, de forma que um artifício pode complementar o outro na tarefa interpretativa. Resumindo, não há método, princípio ou técnica prioritário ou um só caminho para o exercício hermenêutico, deverá ser verificado caso a caso. (Bulos, 2015).

Nesse prisma, Barroso (2015) diferencia a análise da interpretação constitucional em três planos: jurídico ou dogmático; teórico ou metodológico; e da jurisdição política ou da legitimação democrática. Consigna que, embora estabeleçam conexões entre si e se interpenetrem, possuem peculiaridades autônomas e se sobrepõe, não sendo incomum que o primeiro plano faça parecer que as questões são resolvidas estritamente nele.

O plano jurídico ou dogmático contempla as categorias operacionais do direito e da interpretação jurídica, consistentes nas regras de hermenêutica, nos elementos de interpretação (tanto tradicionais como os costumes e a interpretação extensiva e restritiva) e nos princípios instrumentais de interpretação constitucional, os quais serão detalhados mais a frente.

O plano teórico ou metodológico abrange os métodos de racionalização do intérprete na hermenêutica constitucional para alcançar a solução apresentada, ou seja, o caminho interpretativo percorrido e a argumentação desenvolvida. Nessa esfera, inserem-se as escolas

de pensamento jurídico, essenciais na formação dos métodos, princípios e técnicas de interpretação e na evolução gradativa da hermenêutica, que se deu entre o formalismo, a reação antiformalista, o positivismo e a volta aos valores (pós-positivismos), assim como as teorias da interpretação constitucional delas decorrentes. Nessas teorias, desenvolveram-se métodos distintos e peculiares de interpretação, os quais visam demonstrar a racionalização do intérprete na construção normativa, cabendo apresentar os desenvolvidos na doutrina alemã e americana, que influenciaram diversos ordenamentos jurídicos.

Na doutrina alemã desenvolveram-se três propostas de raciocínio jurídico que podem estar atreladas totalmente às normas constitucionais, como podem transcendê-las na resolução do problema. A mais conservadora preceitua que as questões constitucionais são resolvidas por meio do raciocínio lógico-formal, no qual os litígios seriam resolvidos por meio da subsunção, ou seja, aplicando-se as normas gerais ao caso concreto, sendo denominado método clássico de interpretação constitucional. O segundo pensamento, o método tópico-problemático, prescreve que a solução para as problemáticas constitucionais deve ser a mais razoável para o caso concreto, mesmo que o resultado não derive diretamente de uma norma constitucional. Por fim, a terceira concepção busca balancear os extremos apresentados pelas racionalizações anteriores, de forma que se procura a solução mais razoável ao caso concreto, sem, no entanto, extrapolar as diretrizes do texto constitucional. Cada um desses planos possuem características específicas que serão melhores detalhadas a frente, quando abordarmos os métodos clássicos e modernos da hermenêutica constitucional.

A doutrina americana, por sua vez, separa a teoria constitucional em duas correntes: a “interpretativista”, que estabelece que o intérprete não pode exercer função criativa, e a “não interpretativista”, que define que o intérprete pode valer-se de elementos externos ao texto normativo para atribuir sentido à Constituição. A primeira corrente contempla duas linhas de pensamento, na do textualismo o juiz deve ater-se tão somente às normas dispostas no texto constitucional, enquanto na do originalismo acrescenta-se as intenções do constituinte originário. Em síntese, texto e história são as bases de formulação da racionalização.

A corrente do não interpretativismo estabelece três modalidades de construtivismo hermenêutico, onde se supera a ideia de que o intérprete tem o papel tão somente de revelar o sentido da norma, atribuindo-lhe, portanto, papel construtivo. A interpretação evolutiva entende a Carta Magna como um “documento vivo”, que deve adequar suas normas e precedentes à evolução social. A leitura moral da Constituição estabelece que as cláusulas

gerais constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os valores morais presentes na sociedade, tratando-se de atividade dinâmica, já que os valores morais estão em constante mudança. Por fim, o pragmatismo jurídico “desvincula-se” do texto constitucional na procura de resultados positivos para o presente e para o futuro, ou seja, busca gerar a melhor aplicabilidade prática e não a que seja coerente com o texto constitucional. Uma característica forte dessa última modalidade é que ela pode levar a uma interpretação perigosa aos preceitos fundamentais e principalmente aos direitos individuais, ao reduzir e flexibilizar sua aplicabilidade.

Por fim, o plano da justificação ou da legitimação democrática está diretamente atrelado à separação de poderes e à legitimação das decisões emanadas do Poder Judiciário, principalmente quando resolve tensões políticas, invalida atos dos demais poderes e integra as omissões constitucionais não supridas pelo legislador. Nesse aspecto estuda-se a atuação mais intensa ou mais conservadora dos intérpretes jurídicos, ou seja, o ativismo judicial e a autocontenção. O ativismo judicial contempla a atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, dentro da esfera/competência dos demais poderes, manifestando-se pelas seguintes condutas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário³⁸; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição³⁹; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (Barroso, 2015)

A autocontenção judicial, por sua vez, é o contrário do ativismo, pois se caracteriza pela interferência mínima do Poder Judiciário nos demais poderes, restringindo-se ao espaço descrito no Texto Maior. Nessa concepção, os juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil. (Barroso, 2015)

Vistos os três planos de análise da interpretação constitucional, propostos de Barroso, verifica-se que os intérpretes jurídicos tem uma gama de elementos e peculiaridades a serem observadas na hermenêutica constitucional e que são essenciais para legitimarem a solução

apresentada por seu exercício interpretativo. Resta claro, ainda, que o Juiz pode se valer de um ou mais métodos para alcançar a exegese constitucional, de forma que eles se complementam no exercício hermenêutico, sendo definido o método de acordo com o caso concreto em apreço, o que torna inviável a definição de um método exato de interpretação. Além disso, é dado ao intérprete tanto tendências mais conservadoras como tendências mais ativas, o que torna mais complexa e rica a hermenêutica constitucional contemporânea, pois podem ser apresentados validamente diferentes argumentos e soluções, de acordo com os métodos, princípios e técnicas utilizadas por cada um dos intérpretes. Desse modo, imperioso se faz abordar mais detalhadamente cada um desses artifícios, essenciais e determinantes na hermenêutica constitucional.

Como já abordado em diversas passagens deste trabalho, o método clássico de interpretação, que se expressa por meio da subsunção, não se extinguiu com o surgimento e estabelecimento dos métodos interpretativos modernos, muito pelo contrário, continuam sendo utilizados atualmente e auxiliam os intérpretes, sobretudo na resolução dos casos denominados fáceis, que não demanda muito esforço. Os modelos tradicionais, definidos por Friedrich Carl von Savigny, são o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, tendo se aperfeiçoado com o tempo, contemplando também o teleológico, popular, doutrinário e evolutivo, sinteticamente especifica Bulos (2015):

- **método gramatical** – observa a pontuação, a etimologia, e a colocação das palavras;
- **método lógico** – procura a coerência e a harmonia das normas em si, ou em conjunto;
- **método histórico** – investiga os fatores que resultam no trabalho de elaboração normativa;
- **método sistemático** – examina o contexto constitucional;
- **teleológico** – busca os fins da norma constitucional;
- **método popular** – realiza-se pelo plebiscito, *referendum*, *recall*, iniciativa e veto populares;
- **método doutrinário** – equivale à doutrina dos juristas; e
- **método evolutivo** – propicia mutação constitucional.

Barroso (2015) complementa. Afirma que o método gramatical (literal ou semântico) foca no conceito das palavras que integram a norma, bem como os sentidos semânticos que podem ser extraídos delas, mas consigna que não podem ser analisados isoladamente, pois o intérprete deve extrair o espírito das normas e as suas perspectivas em combinação com os demais elementos interpretativos, sendo vedado ao intérprete ignorar ou distorcer o sentido

das palavras. Quanto ao método histórico, aduz que desempenha papel secundário e de índole subjetiva, onde se deve buscar o processo legislativo e as intenções do legislador ao criarem a norma. Ocorre que, com o passar dos anos, a vontade do constituinte originário (*mens legislador*) vai sendo substituído gradativamente pelo caráter objetivo da norma (*mens legis*), dando lugar ao construtivismo e a interpretação evolutiva da constituição. Assim, esse modelo tradicional terá maior relevância em casos específicos.

No que se refere à interpretação sistemática, salienta o autor que a constituição é um sistema jurídico e, por tal premissa, deve promover a unidade e a harmonia do sistema. Assim, dita os fins e valores constitucionais que devem ser observados e promovidos pelo ordenamento como um todo, evitando antinomias, que serão promovidas pela harmonia por meio da prevenção e solução de conflitos. Por deter tais características, esse método disputa com o teleológico o primado do processo de aplicação do Direito. Por fim, no que se refere ao teleológico, afirma o doutrinador e jurista que “o direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais”, isto é, o intérprete deve, no processo hermenêutico, primar pelas finalidades precípuas do Estado, sobretudo aquelas que estão previstas expressamente no Texto Constitucional. Assim, “em uma ordem jurídica lastreada pela ética, os fins devem referenciar os valores”.

Os métodos hermenêuticos modernos, como já descritos, surgiram principalmente na insuficiência do modelo clássico em resolver lides mais complexas, ou seja, dadas as peculiares que foram surgindo com a evolução da sociedade e a democratização e constitucionalização do direito, o método da subsunção tornou-se incapaz de solucionar, por si só, as demandas constitucionais. Dessa forma, nasceram teorias e doutrinas propondo novas metodologias interpretativas, que concedem ao intérprete maior autonomia e lhe permitem o exercício de uma atividade criativa para integrar o direito e solucionar casos difíceis, podendo, inclusive, se valer de elementos além do disposto na norma constitucional. Esses métodos denominam-se tópico-problemático, científico-espiritual, hermenêutico-concretizador, jurídico-estruturante e interpretação comparativa (quinto método).

Bulos (2015) os sintetiza da seguinte forma:

- **método tópico-problemático** – propõe a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico concreto, considerando a constituição um sistema aberto de regra e princípios. Parte do caso concreto para a norma (Theodor Vehweg);
- **método hermenêutico-concretizador** – busca suprir deficiências normativas, preenchendo, se necessário for, lacunas constitucionais. Ao contrário do método

tópico, que parte do caso concreto para a norma, o hermenêutico-concretizador parte da constituição para o problema, valendo-se das pré-compreensões do intérprete sobre o tema (pressupostos subjetivos), o qual atua como se fosse um mediador entre a norma e o caso concreto, que brota da realidade social (pressupostos objetivos). O intérprete, nesse método, atua num verdadeiro círculo hermenêutico, porque seu pensamento “vaievém”, até encontrar a saída para o problema (Hans-Gerorge Gadamer);

- **método científico-espiritual** – as constituições devem ser interpretadas de modo elástico e flexível, para acompanhar o dinamismo do Estado, que é um fenômeno espiritual em constante transformação (Rudolf Smend);

- **método normativo-estruturante** – o intérprete constitucional não pode separar o programa normativo, inserido nas constituições, da realidade social (Friederich Müller); e

- **método da comparação constitucional** – alia os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático, propostos por Savigny, ao Direito Comparado, de modo a buscar em vários ordenamentos jurídicos a melhor direção interpretativa das normas constitucionais de um Estado. Assim, ter-se-ia um quinto método de exegese (Peter Häberle).

Nesse aspecto, Barroso (2015) complementa que, no método tópico-problemático, o intérprete foca no problema, não se vinculando à lógica formal, onde o juiz exerce papel criativo para apresentar a melhor solução para o caso concreto com base não apenas no Texto Constitucional, mas também levando em consideração aspectos relevantes da realidade social, dos valores e princípios gerais do Direito.

Outro método que tem seus alicerces em valores subjacentes é o científico-espiritual, que preceitua uma interpretação mais elástica e flexível da Constituição, a fim de aproximar-se do sistema cultural e dos valores do povo, conforme preceitua Gilmar Ferreira Mendes (2015). Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino acrescentam que essa interpretação visa integrar a norma constitucional com a realidade espiritual da comunidade, de forma que não visa tanto “dar resposta ao sentido dos conceitos do texto constitucional, mas fundamentalmente a compreender o sentido e a realidade da Constituição, em sua articulação com a integração espiritual real da comunidade”.

No que se refere ao hermenêutico-concretizador, preceituam os autores que o intérprete, na resolução do problema, deve partir de sua pré-compreensão da norma constitucional e compará-la com a realidade social, a fim de reavaliar e reformular sua compreensão. Ato contínuo, deve-se fazer uma releitura da norma a partir da sua nova concepção e exercer essa atividade continuamente até encontrar a solução adequada ao caso concreto, ou seja, diferentemente do método tópico, parte da norma para o problema, concretizando-a. Tal atividade foi denominada círculo-hermenêutico, dada a peculiaridade do juiz ter que ir da norma para o problema sucessivas vezes até encontrar a resposta adequada

para a questão. Nessa perspectiva, conclui Barroso (2015) que deve haver um equilíbrio entre a atividade criadora do intérprete, o texto constitucional e a realidade social subjacente, de forma a apresentar a melhor solução para a realidade social, mas dentro do que é oferecido pelo ordenamento jurídico.

Esse método avançou em Müller, quando afirmou que a realidade em que a norma incide é indispensável para determinação do seu sentido, estabelecendo que a norma é composta por trecho da realidade em que incide, não sendo determinada apenas por seu texto (Mendes, 2015). Quanto a essa perspectiva, afirma Barroso (2015) que Müller diferencia texto (enunciado normativo) de norma, definindo essa como ponto de chegada do processo interpretativo, que resulta da conjugação do programa normativo (possibilidades do sentido do texto) com o âmbito normativo (identificação da realidade social e extração dos componentes fáticos e axiológicos que influenciarão na decisão).

Por fim, no que se refere ao denominado quinto método de interpretação, a interpretação comparativa é assim definida por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015), corroborando com a concepção apresentada por Bulos:

A interpretação comparativa pretende captar a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos, identificando suas semelhanças e diferenças, com o intuito de esclarecer o significado que eleve ser atribuído a determinados enunciados linguísticos utilizados na formulação de normas constitucionais.

Por meio dessa comparação, é possível estabelecer uma comunicação entre várias Constituições e descobrir critérios aplicáveis na busca da melhor solução para determinados problemas concretos.

Vistos as características e peculiaridades dos métodos clássicos e modernos influentes na hermenêutica constitucional contemporânea, vejamos mais detalhadamente os princípios instrumentais interpretativos, que exercem papel fundamental na interpretação constitucional e que são essenciais para conferir maior racionalidade a exegese constitucional, dadas as especificidades da norma constitucional.

Luis Roberto Barroso (2015) preceitua que “os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta”, e que, embora não estejam expressos no ordenamento jurídico, são ampla e pacificamente reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina.

Canotilho lista os seguintes princípios interpretativos das normas constitucionais, apresentando uma breve síntese das funções de cada, nos seguintes moldes:

- da unidade da constituição: a interpretação constitucional dever ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- do efeito integrador: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deverá ser dada maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como ao reforço da unidade política;
- da máxima efetividade ou da eficiência: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
- da justeza ou da conformidade funcional: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário;
- da concordância prática ou da harmonização: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- da força normativa da constituição: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais. (*apud* Moraes, 2015).

O princípio da unidade da constituição preceitua que se deve evitar tensões e contradições entre as diversas normas constitucionais, cabendo ao intérprete encontrar soluções para harmonizá-las, já que possuem a mesma hierarquia, considerando o todo da Constituição Federal. Postula esse princípio que não há nenhuma norma fora do sistema que integra. Nesse sentido, leciona Eros Grau “que ‘não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços’, acrescentando que ‘a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado’.” Tal preceito confere ao Juiz a prerrogativa de valer-se de diversas ferramentas argumentativas na busca de oferecer “um ordenamento uniformemente justo”. (Mendes, 2015)

Barroso (2015) acrescenta que o princípio da unidade da constituição é uma especificação do método sistemático e que o maior empecilho consubstancia-se nas tensões ocorridas dentro da própria constituição, as quais deverão ser resolvidas com observância do princípio da concordância prática. O princípio da concordância prática ou da harmonização tem como premissa maior, na harmonização das tensões entre normas constitucionais, preservar ao máximo cada uma delas, a fim de que os bens juridicamente protegidos possam coexistir, evitando o sacrifício total de um em detrimento do outro. Desse modo, no processo de solução de conflitos, estabelecem-se limites e condicionamentos recíprocos para impedir a aniquilação de uma norma constitucional pela aplicação de outra. (Paulo; Alexandrino, 2015).

Nesse sentido, postula Gilmar Ferreira Mendes (2015) que se deve encontrar um ponto de ajuste no qual cada norma se aplique ao caso concreto segundo o seu grau de importância, salientando que há maior incidência na harmonização de conflitos entre princípios fundamentais, *in verbis*:

O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto⁵¹. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário.

Também, como corolário do princípio da unidade da constituição, temos o princípio da eficácia integradora ou efeito integrador, no qual o intérprete deve observar, na solução de conflitos, fatores que contribuam para a integração política e social e reforcem a unidade política, conforme preceituam Bulos (2015), Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015), em consonância com a definição apresentada por Canotilho.

O princípio da máxima efetividade, por seu turno, pressupõe que o intérprete deve outorgar à norma sentido que lhe confira maior efetividade social, maior aplicabilidade prática, levando em consideração as circunstâncias fáticas subjacentes ao Texto Constitucional. Nesse aspecto, Barroso (2015) afirma que “efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* e o *ser* da realidade social”.

Dadas tais características da máxima efetividade (dar maior aplicabilidade às normas constitucionais), afirma Gilmar Mendes (2015) que o princípio da força normativa da Constituição insere-se de alguma forma neste princípio, uma vez que preceitua que o intérprete deve dar prevalência às soluções que estabeleçam uma melhor ligação das normas constitucionais com o momento histórico em que estão inseridas, garantindo-lhes interesse atual e maior eficácia nas circunstâncias do caso concreto. Assim, conforme dispõem Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino (2015) e Uadi Lammêgo Bulos (2015), o intérprete deve

priorizar o ponto de vista que, dentro dos mandamentos constitucionais, proporcione maior eficácia, aplicabilidade e estabilidade do Texto Constitucional, atualizando-o.

Por fim, dentro do catálogo de princípios instrumentais proposto por Canotilho, o princípio da justeza ou da conformidade funcional, como bem ressaltado pelo autor, veda que o intérprete chegue a solução que fira o sistema organizatório-funcional. Nesse prisma, conclui-se que a proposta de aplicação da norma constitucional “não pode implicar alteração na estrutura de repartição de poderes e exercício das competências constitucionais estabelecidas pelo poder constituinte originário”. (Paulo; Alexandrino, 2015).

Afirma, Bulos (2015) que esse primado irmana-se com as diretrizes dos princípios da prevalência da constituição, da conservação das normas e da exclusão da interpretação conforme a constituição *contra legem*, já que, em observância a separação e a harmonia entre os poderes constitucionalmente constituídos, o Poder Judiciário como intérprete da lei e da constituição tem o dever de: a) escolher, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se adequa ao texto constitucional; b) primar pela constitucionalidade das leis postas, buscando em princípio harmonizá-las com as premissas constitucionais ao invés de declarar sua inconstitucionalidade; e c) não contrariar, deturpar ou subverter o sentido originário das normas ordinárias, ainda que seja para adequá-las ao Texto Constitucional. Tais diretrizes dizem respeito ao princípio da interpretação conforme a constituição.

Consoante dispõe Luis Roberto Barroso (2015), o princípio da interpretação conforme a Constituição tem a finalidade de preservar a validade das leis editadas, que ingressaram no mundo jurídico com suspeitas de inconstitucionalidade em uma primeira leitura do seu texto, inserindo-se no ordenamento jurídico como mecanismo de controle de constitucionalidade, em atenção ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Por outro lado, tal primado funciona também como técnica de interpretação, impondo ao juiz selecionar o sentido da legislação ordinária mais afeito à constituição. Cabe observar que, assim como todo processo interpretativo, a utilização desse princípio também possui limites, assim expostos pela doutrina e pela jurisprudência:

- a) o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, a fim de obter concordância da lei com a Constituição;
- b) a interpretação conforme a Constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que sejam admissíveis várias propostas interpretativas, estando pelo menos uma delas em conformidade com a Constituição, que deve ser preferida às outras, em desconformidade com ela;
- c) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em

contradição com a Constituição, não se pode utilizar a interpretação conforme a Constituição; nessa hipótese, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade da norma;

d) deve o intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação conforme a Constituição, quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo legislador. Se o resultado interpretativo conduz a uma regra em manifesta dissintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador, há que ser afastada a interpretação conforme a Constituição, sob pena de transformar o intérprete em ilegítimo legislador positivo. (Paulo; Alexandrino, 2015).

Por fim, cabe salientar que, além dos princípios instrumentais acima expostos, Barroso (2015) inclui ainda os princípios da supremacia da constituição e da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais já foram precisamente especificados ao longo do trabalho, cabendo destacar neste momento apenas alguns traços importantes na hermenêutica contemporânea. Segundo o autor, dada a imposição do princípio da supremacia constitucional, de que nenhuma lei ou ato normativo deve subsistir se incompatível com a constituição, tal premissa concebe ao ordenamento jurídico ferramentas para controle de constitucionalidade das normas, que pode se dar pela via incidental ou principal. O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, por sua vez, é fundamental no controle da discricionariedade dos atos do poder público, assim como na definição do sentido das normas no caso concreto, observando-se os preceitos da adequação, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito.

Diante dessa gama de artifícios, métodos e princípios inerentes à interpretação, evidencia-se o quão é complexo o exercício da hermenêutica constitucional. O intérprete pode valer-se de inúmeras ferramentas da exegese para solucionar os conflitos normativos que surgem no ordenamento jurídico, desde as mais clássicas (próprias para casos fáceis) até as mais modernas (inerentes aos casos difíceis), podendo adotar perspectivas mais conservadoras ou mais ativas e métodos de racionalização diversos. Dentro desses aspectos, nota-se que a hermenêutica constitucional contemporânea, ao atribuir mais “poder” ao intérprete, buscou apresentar melhores soluções à realidade fática, integrando melhor o direito, a partir de aspectos mais sociais e políticos, no intuito de atender aos anseios da sociedade e fazer com que a Norma Constitucional tenha efetividade, aplicabilidade e se modernize e se adeque ao momento histórico em que está inserida.

Atualmente, o que se vê no ordenamento jurídico brasileiro é um Poder Judiciário mais ativo, que busca ouvir e atender às demandas da sociedade, que assume casos delicados

e difíceis e se compromete em lhes dar respostas adequadas à realidade fática e aos anseios sociais. Questões que muitas vezes, por serem polêmicas, são deixadas à mingua pelos Poderes Executivo e Legislativo, que em princípio eram os detentores da competência para resolvê-las, mas que preferem se abster, em prol de não assumir os conflitos e as consequências que podem ser gerados no âmbito social. Ao operar nessas searas, o Poder Judiciário tem questionadas por diversas vezes a sua atuação e a sua competência, sobretudo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que detém a prerrogativa de dar a última palavra.

No processo interpretativo, o Supremo Tribunal Federal pode declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos dos demais poderes, assim como pode suprir as omissões normativas da inércia do Executivo e do Legislativo. Além disso, é certo que não pode a Suprema Corte atrelar-se apenas a questões jurídicas, atuando também no âmbito político, principalmente em casos difíceis, o que acabou por gerar uma judicialização da política e das relações sociais, assim como um ativismo judicial e mutação constitucional mais intensos, o que é questionado por uns e consagrado por outros.

2.4 Judicialização, Ativismo Judicial e Mutação Constitucional na resolução de casos difíceis

A hermenêutica contemporânea sem dúvidas remodelou o estudo e a aplicação do direito, conferindo mais força e independência ao Poder Judiciário na definição da norma constitucional. A novo modelo da exegese surgiu para solucionar, e é melhor percebido, na resolução de casos difíceis, os quais exigem inevitavelmente que o intérprete adote um posicionamento não só jurídico, mas essencialmente político, o que pode ocasionar uma atuação mais influente do Judiciário para atender às demandas sociais.

Embora a corrente mais tradicional defenda a segregação pura entre o direito e a política, consolidou-se na doutrina contemporânea que a interpretação e a aplicação do direito não mais se resumem em revelar o sentido único da norma, mas correspondem a elementos cognitivos e volitivos, onde o intérprete exerce papel criativo na concretização da norma. Esse papel de intérprete final e definitivo cabe aos órgãos do Poder Judiciário, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, que profere a última palavra na determinação do sentido e do alcance da norma, vinculando os demais Poderes. Destarte, resta evidente que essa

supremacia judicial em dizer o direito envolve o exercício de um poder político. (Barroso, 2013).

Por certo que o direito insere-se no campo das ciências sociais e visa moldar a vida a partir do estabelecimento de normas (pretensão prescritiva), as quais são criadas por decisões e escolhas políticas, para atender determinados fins, e necessitarão de nova interpretação no futuro para se adequar as circunstâncias fáticas dos casos concretos. Assim, conforme preceitua Barroso (2013), a legislação emana dos interesses dominantes de um determinado tempo e lugar, de forma que a jurisdição expressará, em maior ou menor grau, “a compreensão particular do juiz ou do tribunal acerca do sentido das normas”. Portanto, resta claro que, embora distintos, o direito e a política cruzam suas órbitas na exegese constitucional de casos difíceis, onde não há uma solução pré-pronta e exigirá uma construção criativa-argumentativa do juiz para a resolução do feito, ocorrendo em consequência de três situações: ambiguidade da linguagem aberta dos textos jurídicos; desacordo morais razoáveis; e colisão de normas constitucionais ou de direitos fundamentais.

A linguagem aberta dos textos jurídicos postulam inúmeras normas abertas, como princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que apenas definem o sentido inicial da norma e deixam ao intérprete uma ampla área de penumbra, na qual integrará a norma a partir de elementos do caso concreto, valendo-se inevitavelmente de algum grau de subjetividade. Outro não é o cenário nos desacordos morais razoáveis, onde, dada a pluralidade e diversificação da sociedade, a pré-compreensão dos intérpretes acerca de uma matéria pode gerar construções hermenêuticas distintas e inconciliáveis, cabendo ao Estado assegurar a cada pessoa a autonomia de suas vontades e crenças, o que nem sempre é possível de aplicar. Por fim, na colisão de normas constitucionais ou direitos fundamentais, como já visto anteriormente, o intérprete, por meio da ponderação, deverá apresentar, argumentativamente, a solução mais adequada à situação a partir dos elementos do caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade. (Barroso, 2013).

Diante do exposto, irrefutável concluir que na resolução de casos difíceis cabe ao juiz definir o sentido final e o alcance da norma, e, não raro, terá de valer-se da filosofia moral e política para justificar sua resposta, de forma que em muitos casos terá de recorrer a elementos extrajurídicos. Nessa perspectiva, vem se consolidando na doutrina que o juiz não está imune a influências políticas no seu julgamento, superando-se a cátedra de que o julgador é totalmente imparcial, de forma que as decisões do judiciário expressam, além dos elementos

jurídicos, preferências pessoais do intérprete e influências extrajudiciais, determinantes na solução produzida pelo intérprete. O denominado modelo cético, ao rebater o tradicional modelo real, afirma que:

a cresça na objetividade do direito e a existência de soluções prontas no ordenamento jurídico não passam de mitos. Não é verdade que o direito seja um sistema de regras e de princípios harmônicos, de onde um juiz imparcial e apolítico colhe as soluções adequadas para os problemas, livre de influências externas. Essa é uma fantasia do formalismo jurídico. Decisões judiciais refletem as preferências pessoais dos juízes, proclama o realismo jurídico; são essencialmente políticas, verbera a teoria crítica; são influenciadas por inúmeros fatores extrajurídicos, registram os cientistas sociais. Todo *caso difícil* pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquele que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo. (Barroso, 2013).

Portanto, não há como separar o direito da política na definição normativa. Na resolução de casos difíceis, havendo mais de uma solução razoável, o juiz apresentará aquela de sua preferência, de acordo com seus valores e ideologias e com as influências de fatores externos, como a manifestação processual ou extraprocessual de outros poderes, instituições e entes estatais, a preservação ou expansão do próprio poder frente a outros Poderes, a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão (pragmatismo) ou até mesmo circunstâncias internas dos órgãos colegiados. (Barroso, 2013)

Por fim, imprescindível é a influência da opinião pública, afinal, o poder do Judiciário é exercido em nome do povo e pelo povo. Dessa forma, não pode o Estado, no processo interpretativo, abrir mão do respeito, da adesão e da aceitação social, e, havendo desencontro, deve o Judiciário buscar meios para se alinhar à vontade social. Entretanto, isso não significa que o Judiciário ficará escravo da opinião pública, pois, caso a decisão mais correta e justa não seja a mais afeita à sociedade, deve o juiz exercer seu papel contramajoritário para fazer incidir a norma.

Dentro dessa perspectiva de interação entre o direito e a política, a prerrogativa interpretativa para integrar a norma dada ao Poder Judiciário fez com que questões sociais, políticas e morais fossem decididas pelo Judiciário mais frequentemente. Tal fenômeno denomina-se judicialização e consiste na transferência de poderes do Legislativo e do Executivo para juízes e tribunais, tendo como causas:

A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas. (Barroso, 2013).

No Brasil, tendo em vista a constitucionalização analítica e abrangente e o fato de termos um amplo sistema de controle de constitucionalidade, o instituto da judicialização tomou maiores proporções, tendo em vista que diversos temas foram retirados do campo político e passaram a integrar o universo de pretensões judicializáveis, de forma que a solução de questões morais, políticas e sociais podem ser suscitadas diretamente no judiciário e, como consequência, a maiorias dessas questões relevantes foram discutidas e solucionadas no âmbito desse Poder, máxime no Supremo Tribunal Federal. Cabe ressaltar que a judicialização não é uma opção política do Poder Judiciário, mas trata-se de uma consequência do desenho institucional vigente, constituindo, portanto, um fato e não uma atitude.

O Ativismo judicial, pelo contrário, trata-se de uma atitude do Poder Judiciário, que, embora semelhante à judicialização, visa, por meio da exegese constitucional, colmatar lacunas, suprir omissões e efetivar políticas públicas, oriundas da inércia dos demais Poderes, cabendo ressaltar que, embora importante na efetivação do direito, trata-se de exceção à regra. Nesse sentido:

O ativismo judicial é uma *atitude*, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes. Exemplos de decisões ativistas, além dos casos já mencionados, envolvem a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgamentos atenderam a demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Registra-se, todavia, que apesar de sua importância e visibilidade, tais decisões ativistas representam antes a exceção do que a regra. (Barroso, 2013)

Trata-se, portanto, de uma atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais, na qual invade competências natas dos demais Poderes, de forma que o Juiz afasta-se da sua função precípua, aproximando-se mais da função de criador do direito, competência conferida em princípio ao legislador. No Brasil sua maior ocorrência se dá em decorrência de omissão do Poder Legislativo, onde, em razão da não efetivação satisfativa de demandas sociais, dado o afastamento da classe política da

sociedade, o Judiciário acaba por decidir/definir tais questões. Diante disso, muitas vezes sequer há confrontos entre os Poderes, haja vista que, diante da omissão total do legislador, o judiciário tão somente ocupa espaços vazios. (Barroso, 2013)

Tal atuação recebe muitas críticas doutrinárias e muitos são contrários a ela, pois a consideram como um risco à democracia e como perigoso método de fraude à Constituição. Bulos (2015) afirma ser o ativismo judicial “perigoso veículo de fraude à constituição”, tendo em vista que os ativistas judiciais transcendem sua função julgadora de dizer o direito nos conflitos, interferindo nas competências dos demais poderes, atuando como se legisladores fossem, violando o princípio constitucional da separação de Poderes. Aduz que, nesse prisma, o Poder Judiciário torna-se órgão incontrolável, podendo proferir sentenças absurdas, fundamentadas em interpretações descabidas, manipulações e construções contrárias à CF, que, por muitas vezes, podem resultar em mutações inconstitucionais.

Alexandre de Moraes, por sua vez, consigna que diversos doutrinadores qualificam o ativismo judicial como enorme risco à democracia e à vontade popular, pois, conforme Ronald Dworkin, o ativista judicial imporá aos demais poderes a própria vontade acerca da sua concepção do que é justo, *in verbis*:

“o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige” (Dworkin *apud* Moraes, 2015).

Diante dessa premissa, leciona o autor que, para ser legítimo o ativismo judicial, já que imprescindível na solução das omissões ou retardos do Poder Público no cumprimento de suas obrigações, o Judiciário deve ser guiado pelo bom-senso “entre a ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre o ‘respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes’ e ‘a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade’”, de forma a apresentar uma hermenêutica clara e fundamentada, sem subjetivismo excessivo, observando-se os ditames da autocontenção judicial e afastando-se de atuar em questões estritamente políticas, valendo-se do ativismo judicial apenas quando estritamente necessário, em casos excepcionais, quando a gravidade do caso concreto e a defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais exigirem.

Nesse mesmo sentido, pondera Bulos (2015) que “a interpretação, a construção e a manipulação constitucionais, quando usadas nos lindes da lógica e do bom senso, são meios idôneos para se atualizar a obra constituinte, pondo as normas supremas do estado, em consonância com o pulsar do fato social”. No entanto, assevera que a grande celeuma é definir qual é o limite interpretativo do juiz, para se considerar se tal atuação extrapolou ou não a linha razoável do que é ou não legítimo, máxime quando lhe é permitido atuar como criador nos vácuos legislativos e na qualificação tipológica das disposições deixadas em aberto pelo legislador. Concluindo que nem mesmo a elasticidade da constituição torna legítimo o ativismo judicial, pois favorece a distorção da função do judiciário.

Poucas não são as críticas ao ativismo judicial, no entanto, não se pode olvidar que é imprescindível à construção e à consolidação dos valores constitucionais, amparando os interesses sociais postergados pelos Poderes Legislativo e Executivo, sendo certo que deve o Poder Judiciário agir com cautela para não violar preceitos constitucionais, sobretudo o princípio da separação de poderes, nem instituir mutações inconstitucionais.

A mutação constitucional consiste na alteração do sentido e do alcance das normas constitucionais, sem, no entanto, alterar seu texto. Trata-se do poder constituinte reformador difuso, no qual se busca a alteração informal da norma constitucional, com o intuito de adaptar do texto constitucional aos anseios sociais ou à nova percepção do direito do que é justo ou ético, mantendo-se o texto previsto na Carta Magna.

Gilmar Ferreira Mendes (2015) assim conceitua o instituto da mutação constitucional:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

A Constituição, apesar de ter vocação de permanência, não pode ser imutável nem pode uma geração se submeter aos desígnios da anterior, e é por isso que o próprio Texto Constitucional prevê mecanismos para sua alteração (emendas – via formal). A mutação constitucional, por seu turno, não está prevista na Constituição, tratando-se, pois, de via informal de alteração não submetida às complexidades da reforma formal, sendo fruto dos

impactos do decurso temporal e das transformações históricas, políticas e sociais, ou seja, decorre “de uma mudança da realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do “dever ser” considerado ético ou justo”. (Barroso, 2015).

O poder constituinte difuso possui como características a latência, a permanência, a informalidade e a continuidade, assim sintetizadas:

- **Latência** — o poder difuso apresenta-se em estado de latência, daí ser um poder invisível, apenas aparecendo quando necessário, para ser exercido pelos órgãos constitucionais, aos quais compete aplicar a constituição, interpretando-a, escandindo-a se preciso for, a fim de dar-lhe efetividade.
- **Permanência** — o poder difuso não é menos real do que aquele que atua na etapa de criação e mudança formal das constituições federais e estaduais. Sua ação é permanente e o seu procedimento não vem consagrado de modo expresso, embora atribua às constituições feições novas, outrora não contempladas quando da feitura dos seus preceptivos.
- **Informalidade** — o poder difuso não é inicial, autônomo, nem incondicionado. Também não é secundário, limitado ou, sequer, condicionado. Não vem previsto pelos mecanismos instituídos na ordem jurídica, porque é informal, ou seja, não promana da linguagem prescritiva do legislador constituinte. As praxes constitucionais advêm desse contexto, abrangendo convenções, usos e costumes.
- **Continuidade** — o poder difuso emerge, com vigor, nos casos de lacunas constitucionais, em que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário tem a missão, senão o dever sacrossanto, de fazer valer a constituição. Daí o caráter de continuidade do poder difuso, pois, nos casos de vazios normativos, ele permite que a obra do constituinte inicial e do reformador seja complementada, por meio da interpretação e até dos usos e costumes. Assim, os Poderes Públicos continuam a obra do constituinte originário, colmatando os espaços em branco do produto constitucional normado. (Bulos, 2015).

A nova hermenêutica constitucional alterou a forma como o direito é pensado e praticado, de maneira que o direito interage intensa e reciprocamente com a realidade fática, tanto a influenciando como sendo influenciado por ela, sendo a mutação constitucional a alteração do sentido da norma pelas alterações da realidade fática operada no tempo. Pode ocorrer por via de interpretação dos órgãos do poder público (via mais comum), assim como por meio de práticas e costumes políticos socialmente aceitos, devendo sempre se buscar o equilíbrio entre a rigidez da constituição e a plasticidade das normas constitucionais, para ser considerada legítima. Imperioso ressaltar que, ainda para que seja legítima, a mutação constitucional sempre deve estar amparada na soberania popular, ou seja, deve conformar-se com a exigência social de parte da coletividade. (Barroso, 2015).

Ocasionam a mutação constitucional: a) a interpretação constitucional em suas diversas modalidades e métodos, haja vista que constitui meio idôneo de adaptação da norma constitucional aos anseios correntes, podendo alterar substancialmente seu sentido e alcance;

b) a construção constitucional, pois pode alterar o sentido normativo em seu exercício de recompor e suprir as carências da ordem jurídica constitucional; c) as praxes constitucionais, consistentes nas convenções, usos e costumes, que frequentemente provocam a mutação do sentido; e d) influências dos grupos de pressão, que podem interferir em certos momentos na exegese constitucional, causando a alteração informal dos preceitos constitucionais. (Bulos, 2015).

É certo que tal preceito, embora fundamental à atualização e adaptação da norma constitucional, possui limitações, pautadas no conteúdo semântico das palavras adotadas pelo constituinte originário (possíveis sentidos) e na proteção dos princípios funcionais basilares da Constituição. Aduz Barroso (2015) que “se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário”.

Caso uma mutação contrarie a Constituição, estaremos diante de uma mutação inconstitucional, a qual deve ser rejeitada pelo Poder Público e pela sociedade, e, caso isso não ocorra, estaremos diante de uma situação anômala, onde o fato sobrepõe o direito, ocasionado a falta de normatividade da Constituição, devendo tal disfunção ser resolvida por superação ou por positivação do fato. (Barroso, 2015).

Bulos (2015) assevera que a mutação inconstitucional pode ocasionar mudanças temporárias ou permanentes na Constituição, ou até mesmo a suspensão dos efeitos da norma constitucional temporariamente, comprometendo, por conseguinte, sua estabilidade. Conclui, no entanto, que, em que pese existam riscos, não são pretexto para afastar a interpretação difusa de modificação constitucional, haja vista que, sendo constitucionais, “promovem mudanças necessárias e perfeitamente admitidas, sem necessidade de se recorrer àquelas reformas despropositadas, sem previsibilidade técnica e sem visão de futuro”.

Tanto o ativismo judicial quanto a mutação constitucional são instrumentos hermenêuticos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na resolução de casos difíceis, na busca de adequar o Texto Constitucional aos anseios da sociedade contemporânea, o que, dada diversidade e a complexidade a ela inerentes, acaba por acarretar fortes polêmicas no âmbito jurídico, social e doutrinário, ainda mais por envolverem questões políticas. Grande parte do conflito gira em torno da desconfiança, questionando-se se a atuação hermenêutica e

a decisão adotada não extrapolaram a função judicial nem violaram preceitos fundamentais, ou seja, se o procedimento não viola a constituição.

Tal problemática torna-se ainda mais complexa ao considerar o fortalecimento concedido ao Poder Judiciário, sobretudo à Suprema Corte que detém o monopólio de dar a última palavra acerca do sentido e do alcance da norma e que está isenta de controle por outros Poderes. Associa-se a isso o fato de que a hermenêutica constitucional contemporânea prevê diversificadas ferramentas, métodos e princípios à exegese constitucional, possibilitando tanto interpretações mais ativas e interventivas quanto acepções mais clássicas e conservadoras, além do que, a leniência dos demais Poderes em cumprir com suas obrigações constitucionais acaba por exigir que o Judiciário adote uma postura mais intensa para a concretização valores e interesses constitucionais.

Por fim, há de se considerar também que a interpretação constitucional está em permanente modernização e aperfeiçoamento, ante a necessidade de se adequar às necessidades da realidade fática, que apresenta cada dia mais circunstâncias complexas a serem solucionadas pelo direito. Nesse aspecto, tem-se que as influências do neoconstitucionalismo e do transconstitucionalismo vêm aprimorando as decisões proferidas pela Suprema Corte.

Considerados os aspectos acerca das características das normas constitucionais e do atual modelo de atuação do Supremo Tribunal Federal, sob o prisma da resolução de casos difíceis na hermenêutica constitucional contemporânea, passemos ao estudo das peculiaridades do *decisum* no qual a Excelsa Corte decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação em segunda instância, de forma a relativizar o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, por meio do poder constituinte difuso.

Capítulo III: A relativização do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena no STF

3.1 A oscilação da jurisprudência do tema no STF

Como já visto, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade por diversas vezes foi questionado no Supremo Tribunal Federal em relação à determinada prática jurídica, legislativa ou executiva, tendo o Excelso Pretório entendido pela relativização do princípio em certos casos, se devidamente motivada, como é o caso das prisões cautelares, as quais não ofendem o princípio previsto no art. 5º, LVII, da CF/88, se devidamente motivadas e amparadas nos requisitos constantes do Código de Processo Penal, especificamente em seu art. 312. Por outro lado, em outras situações decidiu pela supremacia do preceito, como no caso de inquéritos policiais e ações penais em andamento, que não podem configurar maus antecedentes, tão pouco a reincidência do réu, sob pena de ferir o referido preceito constitucional.

Tais temas estão, de certa forma, consolidados na doutrina e na jurisprudência, embora exista posicionamentos contrários. Por certo, tais abordagens foram levadas à Suprema Corte por haver controvérsias acerca dos seus mandamentos e, como detentora do poder de dar a última palavra na exegese constitucional, dirimiu a celeuma e conferiu, em cada caso concreto, o sentido e o alcance ao princípio. Verifica-se, portanto, que o princípio da presunção de inocência, por ser norma constitucional, possui um caráter *prima facie* que se aplica de pronto, mas o seu real sentido somente será revelado, e variará no caso a caso, por meio da hermenêutica constitucional, quando conflitar com outras normas e interesses amparados pela Carta Magna, como ocorreu nos casos expostos.

Ocorre que, consoante visto no capítulo anterior, a interpretação constitucional é dotada de riquíssimas e diversificadas ferramentas hermenêuticas, cabendo ao intérprete escolher a que mais lhe convém em cada caso concreto, sendo certo que na análise de casos difíceis não está desabonado de convicções próprias nem interferências extrajudiciais. Em razão disso e, principalmente, pela presença de desacordo morais razoáveis no ordenamento jurídico hodierno, muitas questões são debatidas fervorosamente e, ainda assim, não se chega a um denominador comum, estabelecendo-se um sentido e uma interpretação a serem seguidos por todos, mas decido por pequena maioria de votos, o que pode ocasionar uma

instabilidade jurídica, já que o tema pode ser rediscutido, reanalisado e ter seu sentido alterado novamente em curto espaço temporal.

Esse entrelace ocorreu com o princípio da não culpabilidade, no que se refere à autorização ou não da execução provisória da pena, onde num primeiro momento (de 1988 a 2009) entendia-se pela possibilidade de antecipação da pena, sem que isso violasse o citado preceito constitucional. A partir de 2009, passou-se a adotar um posicionamento mais conservador e literal da norma, estabelecendo-se que a execução provisória da pena fere o mandamento constitucional da presunção de não-culpabilidade, devendo o réu manter o *status* de inocência até que não caibam mais recursos da decisão condenatória, exigindo-se, portanto, o trânsito em julgado da ação penal. Entretanto, em 2016, a Suprema Corte mais uma vez alterou seu entendimento em relação à medida, reestabelecendo o entendimento anterior de que a antecipação da persecução penal, após decisão condenatória em segunda instância, não ofende o princípio da presunção de inocência.

Pois bem, um primeiro fator que devemos considerar nessa “oscilação” hermenêutica do Supremo Tribunal Federal é que, nas duas mutações interpretativas, a posição vencedora se deu por maioria apertada dos votos e que a composição da Suprema Corte era distinta em cada momento. Na primeira ocasião em que o Plenário decidiu acerca da questão, em 1991, sua formação também era completamente diferente, dos Ministros que participaram das decisões de 2009 e 2016, compunham a Corte naquele momento apenas os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Tais aspectos denotam o quão é complexa a exegese constitucional e como as pré-compreensões dos intérpretes e as influências extrajudiciais podem intervir na definição normativa de um preceito constitucional. Cabendo ressaltar, ainda nesse aspecto, que tais interferências podem ocasionar a mudança de entendimento de um mesmo ministro em cenários distintos, como ocorreu com o Ministro Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Após a instituição do preceito fundamental da presunção de inocência pela CF/88, o plenário do Supremo abordou a controvérsia pela primeira vez, nos autos do HC n. 68.726/DF, de relatoria do Ministro NÉRI DA SILVEIRA, julgamento 28/06/1991, DJ 20/11/1992, no qual decidiu, por unanimidade, indeferir o *writ*, em acórdão assim ementado:

EMENTA: - Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da

aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27, da Lei no 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido.

Na hipótese, o Ministro relator entendeu que, esauridas as instâncias ordinárias e observados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, está reconhecida a responsabilidade criminal do agente, possibilitando a execução antecipada da pena, fundamentada nos interesses da garantia da aplicação de lei penal e da execução da pena imposta. Consignou, nos ensinamentos de Espínola Filho, que “caso julgado” diferencia-se de “coisa julgada”. Afirmando que nesta exige-se o não cabimento mais de qualquer recurso, seja ordinário ou extraordinário, ao passo que o “caso julgado” consiste no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, decisão da qual, ainda que cabível recurso extraordinário, sem efeito suspensivo, podendo-se executar a pena, já que esgotados, ou não mais cabíveis, os recursos ordinários admissíveis.

Nesse prisma, o douto Ministro acolheu o parecer do Subprocurador da República, Dr. Cláudio Lemos Fontes, para julgar compatível o disposto no art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990, com a Constituição Federal, entendendo, portanto, que os recursos extraordinários (RE e REsp) são recepcionados apenas no efeito devolutivo. Em outras palavras, sob o prisma da exegese constitucional, o Julgador ponderou os argumentos trazidos pela defesa (de que a execução provisória da pena feria o preceito constitucional do art. 5º, LVII, da CF/88), analisando-os sistematicamente com outros pressupostos, mandamentos, interesses e valores dispostos no ordenamento jurídico pátrio, para concluir que se “já se consolidou juízo condenatório, ‘inclusive na manifestação colegiada da sede recursal’, perfeita e totalmente compatível com a Constituição Federal o texto do § 2º, do artigo 27, da Lei nº 8.038/90”, que dispõe que os recursos extraordinários são recepcionados apenas no efeito devolutivo.

Compunham a Suprema Corte, naquele momento, os Ministros Sydney Sanches (Presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Melo, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão, tendo se decido, por unanimidade (ausentes, ocasionalmente, os Ministros Sydney Sanches, Marco Aurélio e Celso de Mello), que a execução antecipada da pena não violava o princípio da

presunção de inocência, entendendo como trânsito em julgado da sentença penal condenatória o momento em que resta comprovada, pelas instâncias ordinárias, a responsabilidade criminal do agente, ainda que interpostos recursos extraordinários, os quais eram recebidos apenas no efeito devolutivo.

Esse mandamento perdurou no ordenamento jurídico brasileiro até o ano de 2009, quando em 5 de fevereiro, o Excelso Pretório reviu sua jurisprudência, nos autos do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJe 25/02/2010, passando a entender, por maioria dos votos (7 x 4), que a execução antecipada da pena viola o preceito constitucional do art. 5º, LVII, da CF/88, sendo necessário o esgotamento de todos os meios recursais, inclusive os extraordinários, para se dar início a persecução penal, em decisão assim ementada:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".
2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.
3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.
4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.
5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".
6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual

Ordem concedida.

Em seu voto, o saudoso Ministro Eros Grau, adotou medida mais conservadora e a literalidade da norma prescrita pela Constituição, conferindo-lhe maior amplitude e preferência sobre os argumentos que fundamentavam o posicionamento contrário, invocando inclusive uma rica análise histórica dos ideais e das influências presentes nos anos 80 e 90, que pregavam um direito repressivo e reacionário, além de confrontar veementemente as doutrinas que pregavam a desnecessidade do trânsito em julgado para a antecipação da execução penal.

O primeiro ponto rebatido pelo Ministro foi justamente a lógica recursal de que, não tendo os recursos extraordinários efeito suspensivo, a responsabilização penal estaria demonstrada após a decisão condenatória em sede de apelação. Para tanto, o relator prestigiou os preceitos insculpidos na Lei de Execução Penal - LEP (7.210/1984) - para justificar seu entendimento, asseverando, primeiramente, que a LEP superou material e temporalmente o art. 637 do CPP, de forma que tal dispositivo deixa de ter vigência. Nesse diapasão, deixa-se de observar o disposto na referida norma processual, de que "o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância pra a execução da sentença", para se privilegiar o trânsito em

julgado como pressuposto imprescindível à execução penal, seja das penas privativas de liberdade (art. 105 da LEP), seja das restritivas de direitos (art. 147 da LEP), a qual somente será possível com a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que detém valor de título jurídico judicial (art. 164 da LEP). Assim, estaria a norma infraconstitucional compatível com os mandamentos constitucionais.

Sobre os mandamentos da Lei n. 7.210/1984, destacou Eros Grau que a Excelsa Corte já vinha decidindo, nos termos do art. 147 da citada norma, pela exigência do trânsito em julgado para início da execução das penas alternativas, não sendo admissível se estabelecer desigualdades entre acusados de penas restritivas de direitos e os de penas privativas de liberdade, máxime sendo a antecipação desta indubitavelmente mais grave ao agente. Logo, deveria a Excelsa Corte rever a jurisprudência consolidada, a fim de não permitir a execução provisória da pena, não só por violar o princípio da não culpabilidade, mas também o da isonomia.

Consigna, ainda, o Relator que, caso a Suprema Corte mantivesse o entendimento de que a antecipação da execução não contrariava o art. 5º, LVII, de nada valeria a Constituição Federal de 1988, salientando que o Texto Constitucional não admite tal entendimento. Sustenta que qualquer pessoa em seu juízo pleno, ao ler a Constituição, chega à conclusão de que nem lei nem decisões judiciais podem impor sanções ao réu antes do trânsito em julgado, sendo qualquer entendimento em sentido contrário proferido por um “desafeto da Constituição”. Preceitua que tal mandamento não proíbe as prisões cautelares (flagrante, preventiva e temporária), as quais estão amparadas pela Carta Magna. Por outro lado, não é certo atribuir ao princípio da ampla defesa caráter restrito às instâncias ordinárias, devendo ser observado em todas as fases processuais, conferindo-lhe máxima efetividade, inclusive nas fases recursais de natureza extraordinária, de modo que autorizar a persecução penal provisória significa restringir o direito de defesa do acusado, consagrado constitucionalmente.

Afirma que a Lei de Execução Penal conferiu ao princípio da presunção de inocência concreção, ao admitir a execução da pena apenas após o trânsito em julgado, o que se consolidou na Constituição de 1988, prescrevendo, nas palavras de Cezar Peluso, que não é relevante aferir se a CF/88 consagra ou não o estado de inocência, mais sim ater-se ao que garante o enunciado normativo, *in verbis*:

Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é

relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o “enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, ante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Entretanto, assevera o Relator que tal quadro foi alterado na década de 90, com a instituição de preceitos penais e processuais penais “marcados, na dicção de ALEXANDRE WUNDERLICH⁷, ‘pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas”. Os preceitos elencados na Lei n. 8.038/90, sobretudo o que confere apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários, são reflexos da política criminal repressiva, que se instalou na instituição da prisão temporária (Lei n. 7.960/1989) e, após, na Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), que visavam “à substituição de justiça por vingança”. Assenta que tais normas foram instituídas no casuísmo do legislador, buscando dar de pronto uma resposta à onda de extorsões mediante sequestro, tratando-se de uma produção reacionária, “na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas” (Alguns autores definem essa reação como direito penal do inimigo ou legislação emergencial). Nesse ponto do voto, importante faz-se citar trecho em que aponta a crítica feita por Alberto Silva Franco à necessidade de confrontar essa ideologia regressiva, pois denota de forma muito clara as influências que o julgador pode sofrer em sua atividade interpretativa:

“é mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer na própria execução penal. [...] não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmote implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que indiferente às pressões dos meios de comunicação e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90”.

Nesse prisma, Eros Grau chama atenção à necessidade de o julgador estar atento à ética pregada pela imprensa (de que a culpa é presumida até prova em contrário) e pela sociedade (do olho por olho dente por dente), justamente o contrário do que é instituído no Texto Maior, devendo-se sempre primar pela forma normativa da constituição, sobretudo em momentos de exaltação, *in verbis*:

E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o

inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônica, de uma ética ---qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional. A força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

Diante de todas essas assertivas, conclui que a execução provisória da pena viola o preceito prescrito no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, pois “aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito¹², estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as letras, pela Constituição”, onde o próprio vocábulo “antecipada” denota suficientemente a incongruência da medida, estando em total contraste com a norma constitucional as regras infraconstitucionais que fundamentam a possibilidade de antecipação da persecução penal.

Assim, consolidou, nos saberes de Antonio Magalhães Filho, Sidnei Agostinho Beneti e Fernando da Costa Trourinho Filho, que se veda qualquer forma de identificação do acusado como culpado antes do trânsito em julgado, premissa maior do princípio, já que reafirma a dignidade da pessoa humana em face das arbitrariedades do Estado e, embora não seja capaz de modificar imediata e substancialmente a visão sociedade em relação aquele envolvido em questões criminais, não pode se negar que a CF conferiu esse *status* ao acusado. E ainda, permitir a execução antecipada é infringir direitos fundamentais do acusado, sobretudo a presunção de inocência e a garantia de aplicação da pena, observado o devido processo legal, não se olvidando da exigência de trânsito em julgado estabelecida pelo art. 105 da LEP.

Por fim, acentua que não pode se justificar a medida na denominada Jurisprudência defensiva, ao pretexto de que “ninguém mais será preso”, de que se consagrará a impunidade, de que os Tribunais Superiores serão inundados de recursos extraordinários incabíveis e seus respectivos agravos e embargos, no intuito de evitar a execução penal, consistindo em medida que “apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal”. Consigna que, se tais razões prevalecerem, “melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar”, de forma que, embora reconheça as razões contrárias dispensadas, entende que não são relevantes, no plano normativo, antes de uma possível reforma processual, pois “nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos”.

Acompanharam o relator os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco

Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski, alterando-se, portanto, a jurisprudência firmada pelo Supremo em 1991, que perdurou durante 18 anos, passando-se a exigir o trânsito em julgado de todos os recursos cabíveis, não apenas dos ordinários, para que se execute a persecução penal, em atenção sobretudo aos direitos fundamentais do acusado e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ficaram vencidos, na oportunidade, os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. O posicionamento vencido preceituou, em síntese, que os recursos extraordinários continuam não tendo efeito suspensivo, além de serem ferramentas limitadas de análise dos Tribunais superiores, já que não permitem a imersão no conteúdo fático-probatório, de forma que a execução antecipada é uma consequência possível da condenação em segunda instância, não se olvidando que questões teratológicas podem ser afastadas por outros instrumentos, no caso o *habeas corpus*. Negar vigência a esse mandamento é transformar o Supremo em uma instância regular, não excepcional, como instituído na Carta Magna, salientando que a execução provisória é medida necessária ao balanceamento entre a proteção dos direitos dos réus e da sociedade, a qual merece eficiente proteção do estado. Ademais, adotar medida em sentido contrário, como proposto pelo Relator Eros Grau, é estimular a impunidade e a segregação judicial, privilegiando aqueles que dispõem de recursos para recorrer incessantemente do *decisum* condenatório.

Prezou-se e privilegiou-se a legitimidade e a efetividade das decisões tomadas pelas instâncias ordinárias, as quais devem ser respeitadas e levadas a sério, sendo presumidamente idôneas, já que são elas soberanas na análise dos fatos. Nesse ponto, ressaltou-se que não se trata de atribuição de uma culpa incontestada ao acusado, mas trata-se de decisões fundamentadas em profunda análise dos fatos, que legitima a privação de liberdade do agente. Afirmou-se que não há no ordenamento jurídico pátrio, nem no âmbito internacional, uma garantia irrestrita ao duplo grau de jurisdição, a se formar uma terceira instância de análise, a qual na verdade foi criada para análise de casos excepcionais. Prova disso se extrai da Emenda Constitucional 45, que passou a exigir a demonstração de repercussão geral para a admissão dos recursos extraordinários.

Além disso, destacou-se que a exigência prevista no art. 105 da LEP direciona-se à execução definitiva da pena, o que não obsta a expedição de guia de recolhimento provisória, bem como que o art. 637 do CPP não viola a CF/88, uma vez que, considerando que os recursos extraordinários não possuem efeito suspensivo, não há óbice para que o acusado

condenado em segunda instância recolha-se a execução provisória da pena e ainda assim leve o seu inconformismo aos Tribunais Superiores. A impossibilidade de execução provisória da pena atribuirá ao recurso extraordinário caráter de apelação, assim como se perderão os efeitos gerais e específicos da pena, ante a magnitude de recursos que poderão ser propostos para se evitar o trânsito em julgado da ação e, conseqüentemente, a persecução penal antecipada.

Consignou-se, ainda, que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra, de forma que pode ser ponderado frente a outros valores e interesses, sob o prisma do princípio da proporcionalidade, o qual pode ser considerado como via de mão dupla, ao passo que, ao mesmo tempo que proíbe excessos, veda também a insuficiência. Dessa forma, considera-se razoável a execução provisória, sendo desarrazoado aplicar o princípio de presunção de inocência de forma desacertada, salientando que, na hipótese, não se trata de prisão no curso do processo sem certeza formada da materialidade e da autoria, mas sim de sentença condenatória confirmada pelo tribunal em sede recursal, tendo-se, ao invés de uma presunção, um juízo de certeza da culpa.

Nesta decisão de relatoria do Ministro Eros Grau, diferentemente do que ocorreu no primeiro posicionamento do Supremo, não houve consenso entre todos os ministros, tendo se firmado a tese por maioria dividida, tendo tanto os ministros contrários quanto os favoráveis apresentado suas teses devidamente fundamentadas, mas divergentes no ponto em que os contrários à execução antecipada foram mais conservadores, valendo-se da autocontenção, enquanto os favoráveis foram mais ativistas e resolutos.

Extraí-se do voto do eminente Ministro Relator que se buscou uma interpretação mais literal da norma, de definir seu alcance e sentido o mais próximo possível do descrito no Texto Constitucional, sem abrir brechas para interpretações além disso, verificando-se quais normas infraconstitucionais estavam em total harmonia com a Constituição, de forma a extinguir aquelas que não estavam totalmente de acordo com os mandamentos Constitucionais. A norma referente à presunção de inocência não mais deveria ser vista como um princípio constitucional, que em sua essência permite modulações, mas sim como uma regra, a qual se aplica mediante a subsunção e somente comporta exceções expressamente previstas e resguardadas pela norma constitucional.

Nessa ótica, fundamentou, validamente, seu posicionamento em uma análise profunda da evolução histórica das normas penais e processuais penais a partir dos anos 80,

demonstrando que a política legislativa e judicial brasileira estava indo de encontro ao Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988, o qual prima pelos direitos e interesses individuais isonômicos e que tem como pilar maior a dignidade da pessoa humana, a qual deve prevalecer sobre todas as justificativas e suposições formadoras da jurisprudência anterior.

Por outro lado, da síntese dos votos favoráveis à execução provisória, pode-se verificar que a hermenêutica aplicada foi muito além do que foi consolidado em 1991, apresentando fundamentos, valores e preceitos não abordados no momento anterior. Primou-se pela condição principiológica da presunção de inocência, para ponderá-la com outros valores, normas e mandamentos constitucionais, buscando harmonizá-los, extraíndo de cada um seus valores para lhes dar a máxima efetividade, apontando pragmaticamente as consequências de cada posicionamento a justificar a imposição da medida. Assim, buscou-se interpretar qual o alcance e qual o sentido deve ser extraído da expressão “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, a fim de se estabelecer em que influem.

Assim, instituiu-se no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de 2009, a máxima proteção ao princípio da presunção de inocência, podendo ser considerado em certa medida um “super princípio”, visto que apenas são admitidas, em regra, exceções autorizadas expressamente pela Constituição, estando fadada ao fracasso qualquer colocação em sentido contrário. No entanto, tal lógica não estava agradando a todos, sobretudo quando instalado no Brasil o caos, a insegurança, a sensação de impunidade e o inconformismo e o descrédito da sociedade para com o Judiciário. E assim, novamente o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, sendo afetado ao Plenário, para que mais uma vez, e dessa vez em um lapso temporal bem menor (7 anos), decidisse acerca da (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena.

Nos autos do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, DJe 16/05/2016, em julgamento realizado em 17/02/2016, o Superior Tribunal de Justiça mais uma vez reformou sua Jurisprudência, por maioria dos votos (7 x 4), denegando a ordem ao *habeas corpus*, revogando a liminar concedida anteriormente, firmando-se a tese de que execução provisória da pena proferida em acórdão de segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88), ainda que interposto Recurso Extraordinário ou Recurso Especial perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, em acórdão assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

De pronto a medida tomou repercussão na imprensa, na doutrina e na jurisprudência. Os adeptos à decisão comemoraram e os contrários lançaram fortes críticas, ainda mais quando muitos Tribunais de Justiça já haviam começado a adotar a medida, o que causou uma onda de impetrações de *habeas corpus* e medidas cautelares principalmente no STJ, visando a desconstituição do mandamento, sobretudo porque a decisão havia sido *inter partis* e não possuía efeito vinculante. No entanto, a própria Corte Superior passou a adotar a medida e a permitir a execução provisória da pena depois de exauridas as instâncias ordinárias, o que se concretizou em diversos julgados e no Informativo n. 0582, na QO na APn 675-GO, de relatoria da Ministra Presidente Nancy Andrighi, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016 *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA.

Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o *status* de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo. (grifos originais)

Inconformados, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizaram Ações Declaratórias de Constitucionalidade no STF (ADCs 43 e 44), com pedido liminar, que visavam o reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal. Entretanto, o

Supremo indeferiu as liminares, mantendo a tese firmada no HC 126.292/SP, entendendo que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Por fim, para consolidar de vez a medida e conferir-lhe efeito *erga omnes*, a Excelsa Corte, nos autos do ARE 964246 RG/SP, também de relatoria do Ministro Teori Zavaski, DJe 24/11/2016, reconheceu repercussão geral ao tema, reafirmando sua jurisprudência, em acórdão assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.

Dessa forma, o Excelso Pretório passou a entender que a antecipação da persecução penal, ou seja, antes do trânsito em julgado, não mais viola o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Carta Maior, bastando para tanto que se conclua a fase recursal em segunda instância, de forma que os recursos extraordinários e especiais deixam de ter, em regra, efeito suspensivo.

Note-se, mais uma vez, que a composição do STF era outra das decisões anteriores, cabendo ressaltar que, compunham a Corte também no *decisum* de 2009 os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, dos quais quatro mantiveram seu posicionamento (Celso de Melo, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, contrários, e Cármen Lúcia, favorável), tendo o Ministro Gilmar Mendes inovado em sua decisão para passar a ser favorável a medida. Posicionamento este que já havia exibido anteriormente na obra *Ciência e Consciência*, da Editora Migalhas, de 2015 (uma homenagem ao Ministro Marco Aurélio, pelos seus 25 anos de Tribunal), na qual deixou claro e justificou sua mudança de pensamento acerca do tema.

Dos cinco Ministros “novatos”, além do Ministro Relator Teori Zavaski, quatro o acompanharam num primeiro momento (HC 126.292/SP), Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin, tendo apenas a Ministra Rosa Weber se posicionado em sentido

contrário. Coloca-se como “num primeiro momento”, porque nas duas outras oportunidades em que o Ministro Dias Toffoli teve a oportunidade de tratar do tema, mudou seu posicionamento, passando a ser contrário à execução provisória da pena.

Repare-se o quanto é grande o peso das influências extrajudiciais e, sobretudo, da pré-compreensão do intérprete acerca da matéria na hermenêutica constitucional, na solução de casos difíceis. A visão dos Ministros que ingressaram na Corte Suprema após 2009, bem como a alteração de percepção acerca do tema do Ministro Gilmar Mendes, foram imprescindíveis na mudança de paradigma e da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. O curioso também foi a reação imediata do Superior Tribunal de Justiça e das instâncias ordinárias em adotar a medida, ainda que não decidida em repercussão geral, o que expõe os anseios desses tribunais em relação a essa questão tão frágil. Tais peculiaridades reivindicam uma análise aprofundada e detalhada de cada pensamento expresso no HC 126.292/SP.

3.2 Teses favoráveis no HC 126.292/SP

O HC 126.292/SP ingressou no Supremo Tribunal Federal, no intuito de cessar o constrangimento ilegal, que supostamente estava sofrendo o paciente Marcio Rodrigues Dantas, o qual havia sido condenado em primeira instância à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, § 2º, I e II do Código Penal), sendo-lhe concedido o direito de recorrer em liberdade. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo defensivo e determinou a expedição de mandado de prisão para execução provisória da pena, sem que tivesse justificado a medida. Inconformada a defesa impetrou *habeas corpus* no STJ, visando revogar o mandado de prisão provisória, entretanto, o Ministro Presidente Francisco Falcão inferiu o pleito liminar no HC 313.021/SP. Da decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no STF, visando a concessão da ordem para ser reconhecido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, sob os seguintes argumentos:

- (a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula 691/STF; (b) que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (c) que a prisão foi determinada “após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo” e, ainda, “sem que a decisão

condenatória tenha transitado em julgado”; (d) a prisão do paciente não prescinde, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do trânsito em julgado da condenação.

Num primeiro momento, o pleito liminar foi acolhido pelo Ministro Relator Teori Zavaski, para “suspender a prisão preventiva decretada contra o paciente nos autos da Apelação Criminal 0009715-92.2010.8.26.0268, do TJ-SP”. Entretanto, posteriormente, no mérito, em decisão afetada ao Plenário do STF, decidiu-se por revogar a liminar concedida e validar a decreto de prisão provisória do paciente.

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavaski apresentou como tese a seguinte proposta: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

O ponto central da fundamentação do Relator focou em demonstrar que o princípio da presunção de inocência permite gradações de acordo com o andar da ação penal, de forma que esse preceito fundamental deveria ser harmonizado com a função jurisdicional, a fim de atender aos valores da sociedade e resgatar a função institucional dos tribunais superiores, devendo os recursos extraordinários ser recebidos apenas no efeito devolutivo, já que não cabe ao STJ e ao STF a análise do conteúdo fático-probatório nem a verificação de justiça ou injustiça no caso concreto. Nesse contexto, afirmou que cabe a esses tribunais apenas uniformização da jurisprudência das normas federais e constitucionais, devendo-se devolver às instâncias ordinárias sua credibilidade e, havendo decisões teratológicas, devem ser resolvidas por outros meios (*habeas corpus* e medidas cautelares).

Primeiramente, o relator propôs que deveria haver uma reflexão acerca do alcance do princípio da presunção de inocência, a fim de se buscar um equilíbrio com a função jurisdicional penal, sobretudo quando considerado o complexo e intrincado sistema da justiça criminal brasileiro. Sob esse prisma, apresentou um detalhado contexto histórico acerca dos julgamentos e da jurisprudência da Excelsa Corte em relação tema, tendo enfatizado, das decisões favoráveis, os fundamentos de que a execução provisória não violava a Carta Magna, já que o REsp e o RE são recepcionados apenas no efeito devolutivo, sendo a própria condenação fundamento suficiente para a aplicação da medida, pois a sentença condenatória era vista como um “juízo de consciência da acusação”, sendo o decreto prisional consequência natural da condenação, ainda que interposto algum recurso extraordinário.

Ressaltou, ainda, que a edição das Súmulas 716 e 717 denotam situações permissivas de execução provisória das penas, já que permitem a progressão de regime aos réus com ações em curso.

Após, se reservou a apresentar e destacar os avanços na norma penal e processual penal em resguardar os direitos do acusado a partir da adesão do País à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que deu ênfase ao princípio da presunção de inocência no âmbito nacional, criando um modelo de justiça criminal racional, democrático e garantista, o que demonstra o quão distante a justiça brasileira está “da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência”. Citou como reflexos positivos da instituição do princípio de não culpabilidade à justiça criminal brasileira os seguintes:

(...) devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditórias, com o consequente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Diante desse vasto conteúdo de direitos e garantias fundamentais, Teoria Zavaski destaca, no dizeres da eminente Ministra Ellen Gracie, que o de maior expressão é o da “disciplina jurídica da prova”, onde, antes de prolatada a sentença penal, o acusado deve ter resguardado totalmente o seu estado de inocência. Entretanto, sobrevivendo eventual condenação, cria-se um juízo de culpabilidade, amparado nas provas produzidas, superando-se a presunção de inocência e, sobrevivendo confirmação da condenação em sede de apelação, exaure-se definitivamente o juízo sobre fatos e provas da causa, concretizando-se, sob o prisma do duplo grau de jurisdição, a responsabilidade penal do acusado.

Dessa forma, o Relator estabelece em sua tese que a demonstração e a confirmação da culpa exaurem-se nas instâncias ordinárias, as quais são soberanas na análise do conteúdo fático-probatório, estando devidamente resguardados os direitos do acusado, sobretudo o sistema probatório e acusatório, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição. Assim, considerando que o âmbito de cognição dos recursos extraordinários restringem-se à matéria de direito, estaria justificada a relativização do princípio da presunção de inocência e atribuição apenas do efeito devolutivo ao REsp e ao RE. Confira-se:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Nesse aspecto, assegura que a execução antecipada da pena não fere o núcleo essencial do princípio da não culpabilidade, o qual se assenta, consoante Gilmar Ferreira Mendes, no preceito de inversão do ônus da prova da autoria do crime à acusação, resguardando o acusado de juízo precipitados. Afirmar que a Lei Constitucional não precisa o que é considerar alguém culpado, deixando a cargo de legislador tal definição, sendo razoável e proporcional se estabelecer que se dá após o esgotamento das instâncias ordinárias, havendo, portanto, “declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão é necessária”.

Afirmou que outro não é o entendimento no âmbito internacional e, valendo-se das sábias palavras de Ellen Gracie (HC DJ 28/10/2005), de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”, trouxe aos autos os mandamentos normativos de outros países no mesmo sentido, para robustecer os fundamentos de seu voto, tendo citado os critérios adotados por Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, a partir de estudos realizados por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman.

Diante dessa perspectiva, reforça a ideia de que REsp e RE não tem a finalidade de analisar justiça ou injustiça das sentenças no caso concreto, mas têm sim o papel de resguardar a higidez do sistema normativo, o que foi reforçado, em relação ao RE, pela EC 45/2004, que passou a exigir a demonstração de repercussão geral para admissibilidade do inconformismo, a fim de transcender o subjetivismo e priorizar questões controvertidas gerais/coletivas de relevância jurídica, política, social ou econômica. Enfatizou que a maior parte dos recursos extraordinários e seus respectivos agravos não atende a tal requisito, tendo a jurisprudência firmada na premissa do caráter absoluto do princípio da não culpabilidade incentivado indevidas e sucessivas interposições de recursos protelatórios, que mascaram o verdadeiro intuito de seus autores, a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Nesse ponto, ressalta o Ministro Teori Zavaski que o último marco interruptivo do

prazo prescricional é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis, o que reforça que os recursos excepcionais não prestam solução de questões relacionadas a fatos e provas. Mas que, diante da jurisprudência consolidada, tais recursos, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”. Circunstância que, infelizmente, restou comprovada no desenrolar da ação penal referente ao HC 84.078/MG (de relatoria do Ministro Eros Grau, em que se firmou a exigência de exaurimento de todos os recursos cabíveis, ordinários e extraordinários), onde, após interposição de sucessivos recursos protelatórios (oito no total, entre agravos e embargos de declaração e divergência), declarou-se extinta a punibilidade do agente, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Diante de tais circunstâncias, chega o Relator à conclusão de que se deve privilegiar a gradação do princípio pra presunção de inocência, visando garantir que o processo regate sua função institucional, não se mostrando arbitrária nem injustificada a execução provisória, nos seguintes termos:

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Salienta, por fim, que a antecipação da execução penal não deixa o acusado desamparado, já que, sentindo-se injustiçado ou estando sofrendo constrangimento ilegal por decisões teratológicas, que inevitavelmente existirão, o agente terá outros meios (medidas cautelares e *habeas corpus*) para provocar as instâncias superiores, a fim de que sanem eventuais equívocos e ilegalidades oriundos das decisões das instâncias ordinárias.

O Ministro Edson Fachin, corroborando com o Relator, aduz que a existência de decisões teratológicas não é fundamento suficiente para conferir, como regra, efeito suspensivo a todos os recursos extraordinários de condenações em segunda instâncias, devendo tais questões ser solucionadas por meio de *habeas corpus*. Destaca que afirmar que o princípio da não cede, mesmo após condenação em apelação, é afirmar o descrédito nas

instâncias ordinárias, *in verbis*:

Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias.

Ao acompanhar o Relator, o Ministro Edson Fachin, foca sua abordagem no caráter principiológico atribuído ao princípio da não culpabilidade, de que não pode ser interpretado e analisado de forma descontextualizada de outros preceitos constitucionais, e na posição e funções que a CF/88 estabeleceu aos STF e ao STJ, principalmente no que se refere ao arcabouço recursal.

Dessa forma, seguindo a linha teórica afirmada por Zavaski, asseverou que não se pode dar caráter absoluto ao princípio da presunção de inocência, desconsiderando-se outros princípios e regras constitucionais, que levados em consideração não permitem concluir que a execução da pena somente se dará após o esgotamento das instâncias ordinárias. Cita, primeiramente, os princípios da duração razoável do processo e da soberania dos veredictos no Tribunal de Júri (respectivamente LXXVIII e XXXVIII, “c”, da CF), que se tornam totalmente ineficazes na espera de se operar o trânsito em julgado nas instâncias extraordinárias, pois constitui processos morosos e posterga a efetivação da decisão condenatória dos jurados nos crimes contra a vida, condicionando-a a uma decisão definitiva do Supremo em recurso extraordinário ou no agravo respectivo.

Ainda na seara da imprescindibilidade de harmonização do preceito do art. 5º, LVII, da CF/88, com outras normas constitucionais, o Ministro dá ênfase “ao arcabouço recursal desenhado pela Constituição Federal e ao *locus* nele ocupado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça”, afirmando que, da leitura da estrutura recursal prevista nos arts. 102 e 105 da CF/88, conclui-se que não foi atribuídos às Cortes superiores o papel de analisar injustiças no caso concreto, estado tal premissa resguardada às instâncias ordinárias, que são soberanas na análise de provas e na definição da versão fática. O acesso ao STJ e ao STF, até pelo número de magistrados reservado a eles, se dará somente de forma excepcional.

Permitir que o REsp e o RE tenham efeito suspensivo, significa tornar o STJ e o STF instâncias revisoras de 3º e 4º instâncias, afastando-os do seu papel principal, conferido pelo Texto Maior, de estabilizar, uniformizar e pacificar a interpretação de leis e atos normativos federais e constitucionais, respectivamente. Tais aspectos, associados ao fato da exigência de repercussão geral para o RE, permitem concluir que a própria Constituição Federal repele o acesso às instâncias superiores para revolver injustiça individual, bem como que o art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90 não é inconstitucional e supera os arts. 147 e 164 da LEP, que deixam de ser argumentos suficientes para vedar a antecipação da persecução penal, pois são anteriores à referida norma.

Por fim, conclui o Ministro Edson Fachin que, adotar o princípio da presunção de inocência como um “super princípio”, exigindo-se o trânsito em julgado dos recursos excepcionais para início da execução penal, seria condicionar a persecução à concordância do apenado, já que sempre haverá um recurso oponível, por mais estapafúrdio e incabível que seja, devendo-se levar em conta ainda que os mecanismos de combate aos recursos protelatórios ainda são incipientes.

Luiz Roberto Barroso, por seu turno, também seguindo a tese apresentada pelo Ministro Relator, estruturou seu voto em três partes, quais sejam: a) a parte I cuida do delineamento da controvérsia; b) a parte II dedica-se a apresentar os fundamentos jurídicos para a execução da condenação penal após a decisão de segunda instância; e c) a parte III trata dos fundamentos pragmáticos para implementar o novo entendimento. Nesse prisma, propõe a formação de tese que define que “a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

Na primeira parte de seu voto, o Ministro Luiz Roberto Barroso faz uma breve análise do caso em apreço em conjunto com o contexto histórico da oscilação da jurisprudência em relação ao tema, no intuito de demonstrar suas consequências e ao que levou a ocorrência da primeira mutação constitucional de 2009 e quais foram seus efeitos práticos, os quais acabaram por exigir uma nova mutação constitucional. Assim, que o novo entendimento o STF que estava se firmando, decorria do “impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação”, citando, por oportuno, três consequências negativas da impossibilidade da execução da pena após decisão condenatória nas instâncias

ordinárias, quais sejam: a) o incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; b) o reforço à seletividade do sistema penal; e c) o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

No que se refere à primeira consequência, destaca que a interposição desses recursos incabíveis e injustificáveis acabam por movimentar desnecessariamente a máquina do Poder Judiciário, já que é considerável o gasto de tempo e de recursos sem haver um proveito real aos réus, o que restou demonstrado pelo irrisório número de recursos (REs e agravos) providos, inferior a 1,5%, atentando para as decisões absolutórias, que entre 2009 e 2016 não chegaram a 0,1%. No que se refere à segunda consequência, destacou que réus abastados possuem condições de bancar a procrastinação, por meio de interposição de sucessivos recursos, realidade essa distinta dos réus pobres, que não possuem dinheiro, nem podem esperar tal atitude da defensoria pública, por não ter estrutura. Nesse contexto, enfatizou que no Brasil é “mais fácil prender um jovem da periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou um empresário que comete uma fraude milionária”.

Por fim, no que se refere à terceira consequência (agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade), enfatiza que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado dos recursos extraordinários tem levado à prescrição da pretensão punitiva ou, ainda, ao distanciamento entre a prática delitiva e a sua punição, o que produz impunidade e compromete o objetivo geral e especial da pena. Sob essa ótica, conclui que “Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”.

Dados esse fatores, no cenário atual não mais se justifica a leitura mais conservadora estabelecida em 2009, sendo necessário conferir uma interpretação mais condizente com a ordem constitucional, a fim de se garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos de *status* constitucional que ela visa resguardar (vida, integridade psicofísica, propriedade). Portanto, trata-se de “típico caso de **mutação constitucional**, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito”.

Na segunda parte, o Ministro debruça-se sobre os fundamentos jurídicos que autorizam a execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. O primeiro argumento concerne no pressuposto para a decretação da prisão, que não é o trânsito em julgado, mais sim ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. O Ministro sugere uma análise sistemática, sob a luz do princípio da unidade da constituição,

entre o princípio da presunção de inocência e o inciso LXI, do art. 5º, da CF/88 (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”), na qual se obtém o resultado interpretativo de que a Constituição Federal admite a prisão antes do trânsito em julgado, desde que devidamente fundamentada em ordem escrita da autoridade competente, podendo ser excepcionada pela concessão de liberdade provisória, nos termos do inciso LXV, do mesmo diploma legal.

O inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal permite diversos tipos de prisão, seja na fase processual, seja na pré-processual, de forma que a prisão após a confirmação da condenação em segunda instância é decorrência lógica do citado inciso, sem que se esvazie o preceito de presunção de culpabilidade, já que há outros efeitos da condenação que estarão por ele resguardados, tanto de efeitos extrapenais como os de efeitos penais, até o trânsito em julgado da ação penal.

O segundo argumento apresentado pelo Ministro Barroso é de que o preceito constitucional da não culpabilidade é um princípio e não uma regra, e, para tanto está sujeito à ponderação com outros bens jurídicos igualmente protegidos, não se admitindo que se aplique pela subsunção do “tudo ou nada”. Como cediço, direitos e garantias fundamentais não são absolutos, logo tal preceito deverá ser realizado e aplicado de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, em maior ou menor intensidade, respeitado o seu núcleo essencial.

Na hipótese, está em conflito com o preceito do art. 5º, LVII, da CF/88, que tem como núcleo essencial “a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade”, o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal, que possuem amplo lastro na CF, como em seu art. 5º, *caput* e inciso LXXVIII, e art. 144 (segurança). Em suma, tais preceitos exigem um sistema penal efetivo, sério e dotado de credibilidade, que garanta a efetivação dos objetivos da pena e resguarde normas constitucionais de elevado valor axiológico, tais como a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, o meio ambiente, dentre outros.

Assim, aplicada a ponderação no conflito de tais preceitos, chega-se ao denominador de que a presunção de inocência adquire peso gradativamente menor com o avanço do processo penal, onde há na fase pré-processual um certo equilíbrio entre eles, mas, após a confirmação da condenação em segundo grau, há a demonstração segura da responsabilidade

penal do agente, aumentando-se o peso atribuído à efetividade da lei penal, finalizando-se a fase processual de apreciação de fatos e provas. Tais premissas, associados ao fato de o STJ e o STF não discutirem autoria e materialidade, recebendo os recursos respectivos apenas no efeito devolutivo, conclui-se que:

(...) o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do *princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente*¹⁷. (grifos originais)

Atualmente, o princípio da proporcionalidade não mais comporta apenas sua dimensão negativa de vedar excessos, mas possui também uma dimensão positiva, na qual se exige do Estado uma atuação adequada e satisfatória na proteção dos bens jurídicos relevantes, vedando-se uma proteção estatal insuficiente. Na visão do Ministro Barroso, a interpretação de 2009 “representa uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”, devendo-se privilegiar um direito penal sério e eficaz. Desse modo, a execução antecipada estaria justificada pela promoção de outros bens jurídicos constitucionais relevantes.

Por fim, o terceiro e último argumento jurídico que valida a execução antecipada da pena constitui-se no fato de a execução da decisão proferida em 2º grau ser exigência de ordem pública. Nessa argumentação, o Ministro busca demonstrar que, ainda que não houvesse a norma constitucional fundamento autorizador para a persecução provisória, seria possível retirá-lo da norma inconstitucional, precisamente no art. 312 do CPP, no que concerna à justificativa prisional de garantia da ordem pública. Consoante preceitua o STF, a garantia da ordem pública “compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário²²”.

Nessa ótica, afirma o Ministro que a condenação em grau de apelação constitui três certezas, a da autoria, a da materialidade e a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas, de forma que o retardamento da execução do *decisum* contraria a preservação da ordem pública, sobretudo no que diz respeito à eficácia do direito penal, a credibilidade do Judiciário, os deveres de proteção do estado e o papel preventivo do direito penal. Denomina

a proibição de execução antecipada como formalismo estéril, sobretudo quando considerado o baixíssimo número de provimentos em recursos extraordinários, que permite um abusivo e procrastinatório do direito de recorrer. Traz a baila casos que evidenciam tais circunstâncias, como de “Pimenta Neves” (homicídio qualificado) que transitou após 11 anos da prática delitiva; o de “Natan Donadon” (formação de quadrilha e peculato) com trânsito certificado apenas 19 anos depois; o de Luiz Estêvão (superfaturamento de obras públicas), após interposição de 34 recursos, transitou 23 anos depois da prática delitiva. Não se olvidou do caso contido no AI 394.065-AgR-ED-EDED-EDv-AgR-AgR-AgR-ED, incluído na mesma pauta de julgamento do caso em apreço, que passados 25 anos do cometimento de crime de homicídio qualificado, ainda não havia transitado em julgado, pois pendente de julgamento na Excelsa Corte o terceiro recurso de embargos de declaração.

Tal mora processual fere o princípio da duração razoável do processo, que é um dever do Estado e exigência da sociedade. Quando um agente não é punido ou sua punição se dá anos depois da prática delitiva gera-se a perda da confiança na justiça, tanto por parte do condenado, que crê não haver reprovação dos seus atos, tanto por parte da sociedade, tornando ineficaz a prevenção geral da pena, não há desestímulo à prática delitiva àqueles que pesam em cometer crime, e torna incrédulos aqueles que não pensam em cometer crimes.

Assim, conclui que a execução antecipada da pena se dá como exigência da ordem pública, em prol da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário, afirmando que não mais se justifica a manutenção de um sistema recursal arcaico e procrastinatório, que favorece a morosidade, o desprestígio e a impunidade, e que já foi criticado por organismo internacional. Salienta que a adoção de um novo modelo não excluirá do acusado o direito de recorrer ao STJ e ao STF para solução de eventuais abusos ou erros, mas que deverá ser pleiteado por meio de *habeas corpus*, não sendo excluída também a medida de se conceder, excepcionalmente, efeito suspensivo ao REsp ou ao RE.

Por fim, na terceira parte de seu voto o Ministro Luiz Roberto Barroso concentra-se nos fundamentos pragmáticos autorizadores da antecipação da persecução penal, sustentando que a argumentação e atuação dos órgãos judiciais, quando da análise de questões judiciais e que envolvam casos difíceis, extrapolam a dimensão judicial, adentrando também na política. Tal situação decorre do fato de na hermenêutica contemporânea o intérprete exercer uma função criativa e também em razão de ter que levar em consideração as consequências práticas de suas decisões. Nesse contexto, aduz que o pragmatismo jurídico preceitua que na

solução do conflito normativo o intérprete deve levar em consideração o contextualismo, a realidade fática tem peso destacado, e o consequencialismo, o resultado prático de sua decisão deve ter consideração especial.

Sob essa ótica, demonstrou que a decisão tomada em 2009 trouxe 3 consequências negativas ao contexto social e ao ordenamento jurídico, que são: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, a seletividade judicial e o agravamento do descrédito com o judiciário. A partir dessas consequências, o Ministro apresenta 3 argumentos pragmáticos que fundamentam sua tese e visam reverter a situação causada pela mutação constitucional de 2009, que se darão como consequência da autorização da execução provisória da pena.

O primeiro argumento preceitua que a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância contribuirá para o equilíbrio e a funcionalidade do sistema da justiça penal, desestimulando-se, primeiramente, a interposição infundável de recursos protelatórios. Além disso, passa-se a dar prestígio novamente as instâncias ordinárias, quebrando-se o paradigma que suas decisões são equivocada e viciadas e de que há um direito ao triplo (STJ) ou quarto (STF) grau de jurisdição.

O segundo argumento destaca que a implementação da medida antecipatória diminuirá o grau de seletividade do sistema criminal, o qual privilegia os mais abastados e incentiva os “crimes de colarinho branco”, haja vista a dificuldade em iniciar a persecução penal. Haverá, portanto, um nivelamento, uma igualdade, entre acusados de rendas distintas. Nesse ponto destacou ainda que haverá um impacto positivo nas prisões preventivas, pois diminuirá nos juízes e tribunais o desejo se prender os acusados ainda na instrução.

Por fim, o último argumento prega que haverá uma quebra no paradigma da impunidade, pois, evitando-se que punição penal seja retardada, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei e evitam-se processos morosos que visam a prescrição dos delitos, conferindo, assim, maior efetividade ao sistema processual penal.

Já o Ministro Luiz Fux, também manifestando-se favorável à execução antecipada, inicia seu voto com a seguinte crítica, ao realizar um paralelismo entre o mandamento da presunção de inocência e a realidade prática:

(...) o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência.

Nessa perspectiva estrutura seu voto afirmando que presunção de inocência é o que está descrito na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, a qual não condiciona a culpabilidade ao trânsito em julgado. Assevera que, tendo o agente passado por todas as instâncias como condenado é, em tese, impossível que ele chegue ao Supremo presumidamente inocente.

Por outro lado, desenvolveu um juízo sobre a exigência do trânsito em julgado, consistente na de que coisa julgada induz a ideia de imutabilidade da decisão. Sob esse aspecto, trouxe a baila um ponto crucial colocado pelos Ministros Zavaski, Fachin e Barroso, a impossibilidade de análise de matéria fático-probatória pelos Tribunais Superiores, o que torna, em parte, imutável e indiscutível a decisão condenatória em segundo grau, em regra. Assim, e considerando que STF admite o trânsito em julgado em capítulos, opera-se o trânsito em relação às provas e aos fatos após a decisão em segunda instância, o que não contraria a interpretação conservadora.

Atentou ao fato de que, se a interpretação constitucional não mais encontra ressonância no meio social, que não admite a presunção de inocência a um sujeito que interpõe sucessivos recursos, tratando-se de uma disfunção. Disfunção essa que se destaca em relação à prescrição, que, após a publicação da sentença ou o acórdão condenatório, somente será interrompida com o início do cumprimento da pena, permitindo que o sujeito recorra *ad infinitum*, com o intuito de alcançar a prescrição. Desse modo, entende que a “presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional” e “que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social” (Patrícia Perrone Campos Mello).

Afirma, nas palavras de Konrad Hesse (Tradução do Ministro Gilmar Mendes), que “[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa”. Assim, ao acompanhar o Ministro Relator, fina a tese no sentido de que:

O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores.

A Ministra Cármen Lúcia consignou inicialmente que esteve vencida em outras

oportunidades em que defendeu o posicionamento defendido pelo Ministro Relator. E que nessa oportunidade mantém seu voto no sentido de que há uma distinção entre culpabilidade e condenação, de forma que a CF preserva a culpabilidade até o trânsito em julgado em relação às consequências para além do Direito Penal, mas não proíbe que a condenação leve ao início do cumprimento da pena quando já exaurida a fase de prova, “que se extingue exatamente após o duplo grau de jurisdição, porque então se discute apenas o direito”. Ao final, destacou a Súmula 279 do STF, a qual não permite a revisão de provas pela Corte. Concluiu, portanto, no sentido de que:

(...) o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverá de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considere e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos.

Por fim, dos ministros que se manifestaram favoravelmente nos autos, Gilmar Mendes destacou que em 2009 compôs a maioria no HC 84.078/MG, mas enfatizou e rememorou o notório voto do Ministro Cezar Peluso, na ocasião, em que defendeu a execução provisória como exigida e fundamentada na preservação da ordem pública. Ressaltou também, a infrutífera tentativa do Ministro em alterar o Texto Constitucional por emenda constitucional, que visava alterar a singularidade de nosso sistema, de levar o trânsito em julgado às últimas consequências, onde a multiplicidade de recursos acabam por “elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões. Citou inclusive crítica feita no âmbito internacional, pelo *The Economist*, sobre a jurisdição criminal brasileira, no sentido de “nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos”.

Posto isso, passou a uma análise teórica acerca do tema, questionando, primeiramente, “o que se quer fundamentalmente?”, tendo respondido de pronto que sejam estabelecidas premissas básicas a serem seguidas. Nesse ponto, destacou que o próprio legislador trata o tema de maneira variada, dando maior e menor importância à presunção de inocência, citando como exemplos o recebimento da denúncia e a busca e a apreensão, respectivamente.

Definiu que o núcleo essencial do princípio da não culpabilidade a imposição de inversão do “ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação”, que “impede, de uma

forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença”. No entanto, a norma não define o que vem a ser “culpado”, deixando sua elucidação a cargo do legislador. O que se tem em princípio é que, de um lado, evita-se juízos precipitados acerca da responsabilização do acusado e, de outro, a dificuldade de se compatibilizar a condição do acusado frente a progressiva demonstração da culpa. Disso, conclui-se que o espaço de atuação do legislador é amplo, não havendo empecilhos para que trate de forma progressivamente mais gravosa o acusado, de acordo com a evolução processual. Nas palavras de Espínola Filho, tem-se que “a presunção de inocência é vária (...), segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa”.

Desse modo, e considerando que a presunção de inocência é princípio e não regra, é natural que se evolua de acordo com o estágio do procedimento, dando tratamento mais gravoso ao preceitos, desde que não atinja seu núcleo essencial, permitindo-se, portanto, a antecipação da execução da pena não substituída, após a decisão condenatória em segunda instância, posto que, ainda que não tenha transitado em julgado, a condenação já foi estabelecida pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise de provas e fatos. O que se tem é que, esgotadas as instâncias ordinárias, há uma declaração, com considerável força, de que o acusado é culpado e sua prisão é necessária, já que os recursos extraordinários, além de não possuírem efeito suspensivo, não serem preponderantemente ao interesse do postulante, mas sim “ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência”.

Vale-se o Ministro do direito comparado para confirmar sua tese, afirmando que nem todas as declarações de direitos do homem contemplam o princípio, mas as que o abrangem declaram que “a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito”. Nesse sentido cita a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), a Convenção Europeia de Direitos do Homem, além de disposições semelhantes dispostas no direito francês e russo. Delas extrai que a presunção cessa com a comprovação da culpa, mas que a grande celeuma gira em torno de precisar em que momento isso ocorre.

Assim, traz a discussão o definido em outros ordenamentos jurídicos, delineando que o Tribunal Europeu do Direitos do Homem passou a interpretar que a presunção de inocência pode cessar mesmo antes da conclusão do julgamento de primeira instância. Aduziu que em países que adotam o sistema *common law*, há duas fases processuais (veredito x aplicação da pena), onde estando demonstrada a culpa na primeira fase, executa-se a pena na segunda,

independente da interposição de recursos. Por fim, faz menção às rigorosas regras estabelecidas nos Estados Unidos em relação à prisão, que são ainda mais estritas na pendência de apelos, e ao estabelecido no direito alemão, que, embora não trate expressamente da questão, define como regra a necessidade de o acusado responder preso, não se exigindo demonstração ulterior da necessidade da medida.

Não olvida que a nossa Constituição adotou o mesmo modelo seguido por Itália, Portugal e outros Países de língua portuguesa, no qual se condiciona a demonstração da culpa ao trânsito em julgado, mas que não pode se perder de vista o nosso próprio ordenamento jurídico, que possui um intrincado sistema judiciário, composto por 2 instâncias ordinárias, soberanas na análise do conteúdo fático-probatório, e acima 2 extraordinárias (Tribunais Superiores e STF), que não foram vocacionadas, nem têm estrutura para dar respostas rápidas às demandas, máxime levando em consideração a amplitude de meios de acesso a essas instâncias superiores.

Diante do exposto, concluiu o Ministro Gilmar Mendes ser o princípio da presunção de inocência de extrema relevância para a ordem jurídica e constitucional, mas que está suscetível a conformações, de acordo com as circunstâncias de aplicação do Direito Penal e Processual Penal. Confira-se:

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado.

O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal.

Por fim, destaca, assim como os demais ministros, que o acusado não ficará desamparado frente a abusos e decisões teratológicas, visto que poderão se valer de outros meios para sanar ilegalidade, sobretudo o *habeas corpus*. Mas que não é mais admissível que crimes graves, como o homicídio, prescrevam, como ocorre no modelo atual, e, juntamente com o Ministro Barroso, salienta a necessidade de se superar a sensação de impunidade e o descrédito da justiça, que inserem em nossa sociedade a ação de grupos de extermínios e de justiceiros.

Conforme de extrai da síntese dos votos favoráveis, buscou-se amplamente fundamentar a relativização do princípio da presunção de inocência, a fim de compatibilizá-lo com a execução antecipada da pena, tendo como argumentos centrais da tese a não atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial e extraordinário, o papel constitucional das Cortes Superiores e a proibição de revolvimento fático-probatório por esses Tribunais. Primou-se pelo caráter principiológico do citado preceito fundamental, com vistas de demonstrar que, diante de outros princípios, valores e interesses constitucionais, permite-se a sua gradação, apoiando-se, inclusive, mandamentos no âmbito do direito internacional, para justificar que a demonstração da culpa do acusado exige meios idôneos que a comprove, mas que prescinde o trânsito em julgado.

Nessa ótica, defendem que exauridas as instâncias ordinárias, soberanas na análise de fatos e provas, está comprovada, em regra, a culpa do acusado, já que não compete às instâncias extraordinárias o revolvimento fático-probatório, tampouco verificar justiça ou injustiça no caso concreto. Ressalvando que ainda subsiste o princípio da não culpabilidade, mas em menor intensidade, de forma a resguardar o agente dos efeitos extrapenais e penais secundários da sanção, que ficam condicionando ao esgotamento recursal.

Buscam, sobretudo, harmonizar a aplicação do princípio da presunção de inocência com a função jurisdicional penal, a fim de dar efetividade à lei penal, para melhor resguardar os bens juridicamente tutelados pelo direito penal, como a vida, segurança, patrimônio, dignidade da pessoa humana, assegurando que a gradação se dá de forma proporcional, de modo a se preservar o núcleo essencial do preceito da não culpabilidade. Preocupam-se, inclusive, em apresentar dados estatísticos, circunstâncias práticas e as consequências negativas do modelo adotado anteriormente, para justificarem sua tese e conferir validade a essa nova mutação constitucional.

Em síntese, resta claro que não mediram esforços em demonstrar que a ponderação se faz necessária e que há elementos e justificativas suficientes para se conferir precedência à necessidade de execução antecipada da pena em relação ao princípio presunção de inocência, relativizando-o, de modo a atribuir-lhe menor peso, nas circunstâncias em que houver condenação penal em segunda instância.

Assim, define-se que, em havendo condenação em segunda instância, impõe-se a execução provisória como consequência lógica da decisão e como exigência de ordem pública, independente da impetração de recurso especial ou extraordinário, que serão

recebidos, em regra, apenas no efeito devolutivo.

3.3 Teses Contrárias no HC 126.292/SP

Do lado dos Ministros que entenderam que não deveria ser revista a jurisprudência da Suprema Corte, mantendo-se, portanto, a exigência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória em todos os graus para que se execute a pena, a primeira a se manifestar foi a Ministra Rosa Weber, no entanto, diante de não ter tido condições de examinar a questão a fundo, optou por adotar o critério que vinha utilizando em seus julgados, de manter a jurisprudência firmada na Suprema Corte, em proveito do princípio da segurança jurídica. Prestigiou o voto do Ministro Relator e também as importantes colocações dos Ministros Fachin e Barroso, ressaltando que deveras deve haver tais preocupações, para se fazer uma leitura atualizada do Texto Constitucional, na medida em que os fatos e a própria realidade evolui. Entretanto, optou por colher o voto do Ministro Relator Eros Graus no HC 84.078/MG, tendo citado trechos importantes da decisão exarada naquele momento, não só pelo Ministro Relator, mais também, por Marco Aurélio e Celso de Mello, “no sentido da prevalência do postulado da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória”.

O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, manteve o mesmo posicionamento do embate anterior. Afirmou que a execução precoce esvazia o modelo garantista da CF/88, que tratou dos direitos sociais antes da estrutura do Estado, recebendo a alcunha de Carta Cidadã, tendo consignado que tem dúvidas se tal título será mantido, tendo em vista o rumo que o STF tem adotado na leitura da Constituição.

Admitiu que a quadra é de delinquência maior, sobretudo quando levado em consideração o crescimento demográfico desenfreado, bem como reconheceu que a justiça e o Estado são morosos em termos de persecução penal, não negando que o tempo é precioso, pois implica na prescrição. No entanto, ressaltou que é exatamente em tempos de crise que os parâmetros, princípios e valores devem ser resguardados, evitando-se instabilidades, “porque a sociedade não vive de sobressaltos, sendo surpreendida”. Ora, “ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta”.

Consignou que nem mesmo o próprio caso concreto em análise poderia ensejar a

mudança de paradigma no Pretório Excelso, pois, ao ser condenado, foi conferido ao paciente o direito de recorrer em liberdade, tendo somente ele recorrido, e, em sede de análise de apelo exclusivo da defesa, não teve apenas desprovido seu recurso, mas também teve cerceado o seu direito de liberdade, não por uma medida cautelar, mas por decreto de prisão para execução da pena. Note-se, não houve nenhum inconformismo ministerial acerca do direito em recorrer em liberdade, descabendo, portanto, a medida, já que pendente o acesso aos Tribunais Superiores.

Questionou o porquê de ter o Supremo ter alterado o seu entendimento acerca do tema, demandando que o STJ também o fizesse, tendo asseverado em sua resposta que o bom vernáculo do art. 5º, LVII, da CF/88 “não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”. Diante disso, deveria o Supremo primar pelo princípio da autocontenção.

Certificou que, considerado o campo patrimonial, a execução pode ser afastada, se o recurso extraordinário for recebido em seu efeito suspensivo, e que o pressuposto da execução ser “provisória” e justamente o retorno à condição anterior de liberdade. Nessa perspectiva indaga e conclui:

(...) perda a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmutando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa.

Diante então de sua percepção de que o embate caminhava para mutação constitucional da percepção sobre o princípio da presunção de inocência, anunciou que naquele momento caminhava-se para a promulgação da proposta de emenda constitucional do Ministro Cezar Peluso, que tinha por intuito maior esvaziar um pouco da morosidade da justiça brasileira e que, embora não tenha prosperado no Legislativo, no Supremo será proclamando que o princípio da presunção de inocência não engloba garantia, já que, “antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado”.

Assim, concluiu seu voto apresentando a seguinte tese:

Peço vênias para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas –

que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário.

O decano da Corte, o Ministro Celso de Mello, inicial seu voto registrando que “a **presunção de inocência** representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta **contra** a opressão do Estado e o abuso de poder”. (grifos originais). Nesse contexto faz profunda análise histórica acerca da conquista do referido preceito, o qual resultou de longo processo-jurídico, com raízes na carta inglesa, para uns, e nos ideais iluministas do século XVIII, para outros, tendo se consagrado, a princípio, na Declaração do Bom Povo da Virgínia, momento esse em que se inaugurou a exigência do trânsito em julgado, ressalvado o entendimento de doutrinadores da gênese do Direito Romano. Assevera que tal premissa teve seu sentido enriquecido pelo iluminismo, projetando-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em repúdio às práticas do absolutismo do Antigo Regime.

Diante disso, assinala que, sob o prisma do ideal democrático, o princípio da não culpabilidade, ao longo da história, tem prevalecido, “**no contexto** das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana”. (grifos originais). E não foi por outro motivo que, em reação aos abusos do regime nazifacistas, a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, de 1948, exigiu a condenação definitiva para superar a presunção de inocência, o que não foi distinto em outros documentos internacionais, tais como Declaração Americana dos Direitos e Deveres sobre Direitos Humanos (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - 1969); a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950); a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000); A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (1981); a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990); e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

Diante de todo esse aparato histórico, Celso de Mello conclui que “a repulsa à presunção de inocência (...) mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional”. Nesse ponto, vale-se da lição de

Antônio Magalhães Filho, para demonstrar o nítido conflito que se revelou na Itália, a partir do século XIX, entre “o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado”, revelado na formação de três escolas em momentos sucessivos, quais sejam: 1ª) Escola Clássica, primava pelo dogma da presunção de inocência; 2ª) Escola Positivista, preconizava presunção da culpabilidade; e 3ª) Escola técnico-jurídica, perversamente buscou justificar as visões e práticas totalitárias, na qual não tem sentido nem é razoável presumir a inocência do réu, visualizando a presunção de inocência, no dizeres de Vincenzo Manzini, como algo “absurdamente paradoxal e irracional”.

Desse modo, afirmou que, no Brasil, a CF/88 visa reger uma sociedade com bases democráticas, símbolo de antítese ao absolutismo do estado e a força opressiva do Poder, que justificou a ruptura com os paradigmas autocráticos e banuiu qualquer reflexão autoritária, daqueles que presumem a culpabilidade, já que sua consequência seria a esterilização do princípio da presunção de inocência, *in verbis*:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira **promulgada** em 1988 **e destinada** a reger uma sociedade fundada em bases *genuinamente* democráticas **é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado** o contexto histórico **que justificou**, em nosso processo político, **a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento**, por isso mesmo, **no plano** das liberdades públicas, de **qualquer** ensaio autoritário **de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito** mais conspícuo, **em face** daqueles **que presumem** a culpabilidade do réu, **será a virtual** (e *gravíssima*) **esterilização** de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: **o direito** do indivíduo de *jamaís ser tratado*, pelo Poder Público, **como se culpado fosse**. (grifos originais)

Cita, ainda, nesse ponto, a advertência do Professor Luiz Flávio Gomes, em relação ao tratamento dado ao princípio da presunção de inocência, tal como descrito no Pacto de São José da Costa Rica, no sentido de que dele emanam duas regras, uma de tratamento e outra probatória. A de tratamento por seu turno, preceitua que o acusado não pode ser tratado como culpado antes do trânsito em julgado definitivo, isso quer dizer, antes da comprovação definitiva da culpa, o acusado deve ser tratado como se não tivesse participado do fato a ele imputado, assim como impede qualquer juízo condenatório precipitado por situações, práticas, palavras ou gestos.

Do delineamento de todo esse contexto, o Ministro Celso de Mello chega ao resultado

de que o princípio da presunção de inocência aplica-se indistintamente a todos, independente da gravidade do fato a ele imputado, e mantem-se nessa condição até o trânsito em julgado:

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência **como direito fundamental** de qualquer pessoa – **independentemente** da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – **há de viabilizar**, sob a perspectiva da liberdade, **uma hermenêutica essencialmente emancipatória** dos direitos básicos da pessoa humana, **cuja prerrogativa** de ser **sempre** considerada inocente, *para todos e quaisquer efeitos*, **deve prevalecer, até** o superveniente **trânsito** em julgado da condenação criminal, *como uma cláusula de insuperável bloqueio* à imposição **prematura** de **quaisquer** medidas **que afetem ou restrinjam a esfera jurídica** das pessoas em geral.
É por isso, Senhor Presidente, **que ninguém**, *absolutamente ninguém*, **pode** ser tratado **como se** culpado fosse **antes** que sobrevenha *contra ele* condenação penal **transitada** em julgado (...). (Grifos originais)

Assim, a observância do princípio da presunção de inocência representa fator de proteção àqueles submetidos à persecução penal e traduz requisito legitimador de execução das sanções penais, de forma que nem o Ministério Público, nem as autoridades judiciais e policiais podem tratar ninguém de forma arbitrária, perquirindo de forma abusiva o exercício pleno de prerrogativas constitucionais, asseguradas a qualquer pessoa. O Texto Constitucional impõe, de forma expressa, limites que não podem ser extrapolados pelo estado e por seus agentes, como é o caso do art. 5º, LVII, que condiciona inequivocadamente a descaracterização da presunção de inocência ao trânsito em julgado, ou seja, somente perde sua força e sua eficácia após condenação penal irrecorrível. E, exatamente por ter essa condição expressa no Texto Constitucional, é que se pode afirmar ser equivocada a comparação do direito brasileiro com a prática e experiência de outros países, como EUA e França, que não condicionam a formação da culpa ao trânsito em julgado, sendo, portanto, mais acentuada a proteção no modelo adotado pela constituição brasileira.

Nesse prisma, registra o Ministro que a objeção que está a se impor ao princípio da presunção de inocência é incompreensível e incompatível com o regime democrático, devendo ser repellido qualquer fundamento no mesmo sentido. Assevera que a presunção de inocência não obsta e o Supremo reconhece a possibilidade de prisões cautelares aos indiciados e réus perigosos, desde que devidamente justificada a medida, tendo os magistrados amplo leque de medidas cautelares que servem a preservação e proteção dos interesses da coletividade.

Relembra que já imperou no ordenamento jurídico brasileiro o dever de o acusado

provar sua inocência, presumindo-se culpado (Decreto 88/1937), regra totalmente incompatível com o regime democrático. E é por isso que atualmente se preza, e o Supremo reforça, que não se presumem provadas as imputações penais, cabendo exclusivamente à acusação comprovar de forma inequívoca a culpa do acusado (inversão do ônus da prova).

Assevera, portanto, que no regime democrático de direito, não se justifica qualquer juízo condenatório por antecipação ou por presunção, pois condenação deve ser fundamentada, dentro da premissa do devido processo legal, em elementos de certeza. Não se pode apoiar o decreto condenatório, e dele extrair, sem o devido trânsito em julgado, as consequências penais e extrapenais que exigem nota definitiva, amparado meras conjecturas, sendo certo que o próprio STF estabelece que “por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal”, repelindo-se “qualquer comportamento estatal transgressor do dogma segundo o qual não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita”.

Diante dessas premissas afirma Celso de Mello que o Texto Constitucional define claramente o memento de descaracterização do princípio da presunção de inocência e que deve ser observado pelo Poder Público, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ressalta, nesse ponto, que o preceito não se esvazia gradativamente com a progressão da ação penal, isto é, subsiste mesmo a após a condenação penal em segunda instância e mantém tal *status* até sobrevenha decisão que não caiba mais recursos.

Trouxe à baila dados estatísticos, apresentados oportunamente na ADPF 144/DF, com o intuito de confirmar a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória, os quais registram que 28,5% dos recursos extraordinários (quase 1/3) são providos total ou parcialmente pela Corte Suprema. Dados esses que apenas reforçam a necessidade de repelir a imposição antecipada de restrições que exigem o trânsito em julgado, tais como a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para descaracterizarem a presunção de inocência do agente.

Por fim, conclui ser “essencial proteger a integridade desse direito fundamental (o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial) e destacá-lhe as origens históricas”, consignando que ainda que os argumentos constitucionais trazidos em seu voto não fossem suficientes, a legislação infraconstitucional, precisamente os arts. 105 e 147 da LEP, demonstra ser inconciliável com o ordenamento jurídico brasileiro a antecipação penal pena, já que impõem, como pressuposto legitimador da execução da

sentença condenatória, a ocorrência do trânsito em julgado.

Assim, conclui seu voto afirmando que qualquer que seja o fundamento invocado, nenhum validará a execução provisória da penal, de decidindo por:

(...) deferir o pedido de “habeas corpus”, mantendo, em consequência, o precedente firmado no julgamento plenário do HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, reafirmando, assim, a tese de que a execução prematura (ou provisória) da sentença penal condenatória antes de consumado o seu trânsito em julgado revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu, assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII), de ser presumido inocente.

Por derradeiro, daqueles contrários a tese que se formara, se pronunciou o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente à época da Suprema Corte, tendo consignado inicialmente que matem o seu posicionamento, exarado anteriormente no HC 84.078/MG, “no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal”. Afirmou que tal preceito é taxativo, categórico, ao exigir a ocorrência do trânsito em julgado para se desfigurar a presunção de inocência, de modo que não é admitida interpretação em contrário, assegurando que “aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data vênia*”.

Rememorou que, na oportunidade em que se consolidou a jurisprudência sob judicé, o Ministro Eros Grau, em uma referência aos brocardos de que ninguém mais seria preso e de que os tribunais seriam inundados por recursos e à questão da efetividade da justiça, consignou “que nem mesmo constelações de ordem prática (...) nem mesmo esses argumentos importantes podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência”. Tendo lembrado, ainda, que na hipótese citou a lição dos professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Filho e Antônio Scarance Fernandes, no sentido de que o efeito suspensivo do REsp e do RE deriva da própria constituição, de forma que sua interposição obsta a eficácia imediata da sentença penal, devendo ser revistas as regras do art. 637 do CPP, a fim de se adequarem ao Texto Constitucional.

Afirmou estar perplexo diante de tal posicionamento majoritário, já que em decisão recente (ADPF 347 e RE 592.581) o Supremo Tribunal assentou que o sistema prisional estaria absolutamente falido, como poderiam tomar decisão em sentido contraditório a permitir que condenados não definitivos ingressem em tal sistema.

Fez comparativo entre as diretrizes de proteção do patrimônio e as de liberdade. Tratando de como a evolução histórica da garantia patrimonial, sobretudo pelo estabelecido no Código Napoleônico, influenciou o direito brasileiro, de forma que nosso ordenamento dar maior enfoque à proteção do patrimônio do que aos atentados contra a pessoa. Nesse prisma, volta à afirmação de Marco Aurélio, no que se refere à impossibilidade de restituir o estado anterior do réu (a liberdade), que condenado injustamente, iniciou a execução provisória da pena, fazendo, assim, um paralelo com o art. 520 do NCPC que buscou reprimir e restituir da melhor forma possível a ocorrência de equívocos, o que acaba contrastando com a jurisprudência que está a se impor. Quer dizer, o STF estará a impor medida ao réu que, em caso de absolvição (que chega próximo a ¼ em sede de RE), não poderá reaver o tempo em que esteve custodiado indevidamente, não haverá restituição estatal.

Por fim, ressaltou que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo, cerca de seiscentos mil presos, dos quais 40% são presos provisórios, de modo que, a consequência prática da autorização da persecução penal antecipada será trocar seis por meia dúzia, ou seja “trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau”.

Da análise votos contrários, verifica-se que focaram em reiterar os argumentos firmados no HC 84.078/MG, sobretudo no que concerne em asseverar que a norma posta é clara, taxativa e precisa, no sentido de exigir o trânsito em julgado de todos os meios recursais (ordinários e extraordinários) para desfiguração da presunção de inocência, não comportando, portanto, interpretações em sentido diverso, as quais são incompatíveis com regime democrático e com o sentido concebido pelo constituinte originário.

Fundamentam suas teses principalmente na análise histórica da evolução das conquistas do preceito constitucional, que surgiu em repressão aos abusos e arbitrariedades dos Estados absolutistas e ditatoriais, valendo-se, também, do direito comparado para se demonstrar que o trânsito em julgado é núcleo essencial da presunção de inocência, de forma que tem ampla aplicabilidade em todas as fases processuais. Portanto, não se esvazia progressivamente e é um direito garantido a todos independente da gravidade ou da hediondez do delito imputado ao agente, ou seja, impõe o estado de inocência até a culpa seja definitivamente comprovada.

Igualmente aos ministros favoráveis à medida, apresentaram dados estatísticos que denotam a incompatibilidade de adoção da medida, haja vista a expressiva quantidade de

decisões absolutórias proferidas pela Corte Suprema, nas quais os acusados injustamente condenados jamais poderão reaver seu estado anterior (a liberdade).

Em suma, aplicam o preceito da presunção de inocência como se regra fosse, aplicando-se de forma rigorosa, objetiva e sem sopesamento algum, comportando tão as exceções previstas constitucionalmente, como é o caso das prisões e das medidas cautelares. Medidas essas, inclusive, que entendem serem as adequadas, necessárias e proporcionais aos casos que exigirem atuação mais rígida do Estado, em prol da coletividade, antes do trânsito em julgado.

3.4 Considerações gerais finais acerca do novo posicionamento do STF

Da análise dos posicionamentos dos Ministros da Excelsa Corte acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena, verifica-se que a celeuma gira não em torno da descaracterização do estado de inocência em si, mas sim em volta do momento em que se dá a perda dessa condição, ou seja, quando podemos considerar que a responsabilização do agente está demonstrada ou não. Tendo o posicionamento mais ativista buscado meios de demonstrar que esse momento se dá nas instâncias ordinárias, havendo o “trânsito em julgado na análise de fatos e provas”, enquanto os mais conservadores entendem que deve ser mantido o sentido do trânsito em julgado como o momento em que não cabe mais recurso algum, seja ordinário ou extraordinário.

A tese vencedora foi justamente a primeira, que, levando em consideração o fato de os recursos extraordinário e especial não terem efeito suspensivo e o de as instâncias ordinárias serem soberanas na análise fático-probatória, entendeu no sentido de que a antecipação da execução da pena, ainda que interposto REsp ou RE, não ofende o princípio da presunção de inocência, que deve ser aplicado de forma gradativa, de acordo com o caminhar da ação penal, sendo demonstrada na mesma gradação e proporção a culpabilidade do acusado.

Como já destacado anteriormente, fator relevante na consolidação da jurisprudência é a composição da Corte Suprema, de certo que não podemos fechar os olhos para o fato de que cada Ministro tem suas convicções e pré-compreensões acerca do tema e farão com que elas prevaleçam na solução apresentada. E esse fator é tão preponderante que, dada a nova composição, dos seis ministros que ingressaram na Corte após a decisão de 2009, a maioria

(cinco) votou pela revisão da jurisprudência, o que se alterou posteriormente, dada a mudança de visão do Ministro Dias Toffoli, sem alterar, no entanto, a tese firmada. Cabendo destacar, ainda, que o próprio Ministro Gilmar Mendes reviu seu posicionamento, exarado em 2009.

Mudança essa que já havia sido exposta pelo Ministro, na obra *Ciência e Consciência*, de 2015, na qual consignou que se tivesse a oportunidade de votar novamente a questão, votaria no sentido de rever a jurisprudência consolidada em 2009, mas que não saberia se seria efetivada, pois não dependeria apenas dele, mas também da composição da Corte Suprema e da alteração ou não do modo de pensar do Ministro Marco Aurélio (homenageado da citada obra). Confira-se:

Em suma, seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, tenho que o entendimento do STF merece ser revisitado. Não há como prever se o Supremo Tribunal acolherá a proposta de nova análise do tema. Se um dia o fizer, não se sabe qual será a composição da Corte. Se participar do julgamento, o Ministro Marco Aurélio poderá, ou não, manter a própria posição. Em seus 25 anos como Ministro do Supremo Tribunal, Sua Excelência demonstrou em várias oportunidades humildade para “evoluir” em seus posicionamentos, provando não ser “um juiz turrão”.

Deveras, o tema foi revisitado, mas o Ministro Marco Aurélio, assim como os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski mantiveram suas convicções, tendo sido vencidos juntamente com Rosar Weber. Da maioria vencedora de 2009, apenas esses 3 votos se mantiveram, tendo Gilmar Mendes alterado sua concepção e os demais ministros se aposentado, Cezar Peluso, Aires Britto e Eros Grau, sucedidos, respectivamente, por Teori Zavaski, Roberto Barroso e Luiz Fux, mentores da nova jurisprudência. Do posicionamento adotado neste julgamento pela nova formação do plenário da Suprema Corte pode-se presumir que a linha adotada em novos casos difíceis tenderá a ser mais ativista e política do que conservadora. Cabendo colocar, nesse momento, que, com a trágica morte do Ilustríssimo Ministro Teori Zavaski, em janeiro de 2017, seu pretense sucessor, Alexandre de Moraes, em sabatina perante o Senado Federal, afirmou ser favorável à jurisprudência firmada no HC 126.292/SP, o que demonstra que adota linha de pensamento semelhante à maioria que ingressou recente na Suprema Corte.

Da análise da tese vencedora, extrai-se que se deu sob um conflito amplo entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais, configurando de um lado o

princípio da presunção de inocência e do outro a efetividade da lei penal, tendo se dado em razão de mudanças de valores e da realidade social, a partir de uma percepção de que o Estado estava falhando na proteção de bens jurídicos penais (vida, segurança, patrimônio, dignidade da pessoa humana), gerando impunidade, inaplicabilidade da pena e de seus objetivos e descrédito nas instituições, sobretudo no Poder Judiciário. O STJ e o STF estavam atuando como legítimas instâncias revisoras e não como estabilizadoras da jurisprudência federal e constitucional, aumentando a mora processual e a inaplicabilidade da lei penal.

O conflito se apresentou ao Supremo na forma incidental, por meio de *habeas corpus*, no qual a Excelsa Corte acabou por fazer “um controle concentrado de constitucionalidade” sobre ato do Poder Judiciário, consistente no mandado de prisão para execução provisória da pena, tendo afetado à questão ao Plenário da Corte para que decidisse acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato. Os Ministros favoráveis, valendo-se da autonomia e independência do papel do Supremo em garantir o Estado Democrático de Direito, apoiaram-se nos ideais do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo para solucionar a questão, valendo-se amplamente dos instrumentos da hermenêutica contemporânea para apresentar solução que conferisse maior efetividade aos preceitos em análise.

Sob essa ótica, considerando as máximas do neoconstitucionalismo de que as normas não apresentam o mesmo sentido sempre, de que é permitido ao Poder Judiciário decidir questões políticas e fazer escolhas, interpretando além do texto posto, e de que o intérprete é criativo e pode integrar subjetivamente a norma, os ministros buscaram, a partir de uma análise lógica, teleológica e principalmente sistemática e evolutiva do Texto Constitucional, das normas infraconstitucionais e do direito comparado, apresentar solução mais adequada, razoável e proporcional à problemática posta, em observância aos princípios do efeito integrador, da máxima efetividade, da justiça, da concordância prática ou harmonização e o da unidade, força normativa e supremacia da Constituição.

Assim, partindo da premissa de que o princípio da presunção de inocência é um princípio (não uma regra), definiu-se que não pode ser aplicado irrestritamente, ou seja, não possui caráter absoluto, devendo ser aplicado em conformidade com outras normas, valores e interesses constitucionais, e não de forma descontextualizada, em homenagem ao princípio da unidade da constituição. Portanto, o princípio da não culpabilidade deve ser visto como mandamento de otimização, aplicando-se em graus variados de acordo com as possibilidades

práticas e jurídicas, a fim de que nenhum preceito seja extinto, tendo seu sentido e aplicabilidade estabelecidos de acordo com o caso concreto, por meio da ponderação.

No caso em análise, os ministros verificaram a necessidade da relativização do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que sua imposição, nos moldes definidos pelo STF em 2009, não permitia mais seu convívio harmônico com a efetividade da lei penal. A sanção penal somente se aplicava anos depois ou até deixava de ser aplicada, ante a imposição de ter efetividade somente após decisão condenatória irrecorrível. Os condenados utilizavam a presunção de inocência de modo irrestrito, transformando-a em verdadeiro escudo protetivo, para se eximir da responsabilização penal, interpondo infundáveis recursos protelatórios. Diante dos reflexos negativos trazidos por essas condutas ao ordenamento jurídico pátrio, o Poder Judiciário se viu no dever de reaver a jurisprudência do Excelso Pretório para dar aplicabilidade a ambos os preceitos, de forma a otimizar e harmonizar seu exercício.

Ao ponderar os preceitos conflitantes, optou por relativizar a presunção de inocência, definindo que o estado de inocência é afastado por comprovação efetiva da responsabilidade do agente em decisão condenatória de segundo grau, havendo, portanto, um “trânsito em julgado” em relação à análise de fatos e provas, ao considerar que as instâncias ordinárias são soberanas na análise fático-probatória, que os Tribunais Superiores não servem para analisar justiça ou injustiças no caso concreto, sendo-lhes vedado revolvimento fático probatório, e que os recursos extraordinários e especiais não tem efeito suspensivo. Tal definição fundamentou-se em uma análise sistemática do art. 5º, *caput* e LVII, com os arts. 102 e 105, todos da CF/88, c.c o art. 637 do CPP, em conjunto com as práticas adotadas em outros países e com os mandamentos previstos em tratados e convenções internacionais.

Estabelece-se, portanto, o mandamento de que o princípio da presunção de inocência é aplicado de forma progressiva a cada fase processual, de forma que vai perdendo força e eficácia na medida em que a responsabilização do agente vai sendo comprovada pela acusação, de acordo com os parâmetros do devido processo legal, observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Assim, até a sentença penal condenatória o agente goza da plenitude do estado de inocência, o qual será substituído por um juízo de culpa não definitivo com a condenação em primeira instância, e, por fim, afirmando-se a condenação em sede de apelação, concretiza-se a responsabilidade penal do acusado, respeitando o duplo grau de jurisdição.

Desse modo, altera-se o âmbito de proteção do princípio da presunção de inocência, que era definido como intangível até o trânsito em julgado, para estabelecê-lo, pela sistematização no conflito, como sendo a inversão do ônus da prova e a proteção contra juízos precipitados, considerando o agente como inocente até que sua culpa esteja devidamente comprovada, o que se dá nas instâncias ordinárias. Após a condenação em sede de apelação, o preceito do art. 5º, LVII, da CF/88, subsistirá tão somente para evitar os efeitos extrapenais e os penais secundários.

Firmada a responsabilização do agente pelas instâncias ordinárias, permite-se a execução provisória da pena, como consequência lógica da condenação e como exigência de ordem pública, necessária à credibilidade do judiciário e do sistema penal, máxime na eficácia de resguardar os bens jurídicos penalmente protegidos. Justificam tal premissa no fato de a própria Constituição permitir a prisão antes do trânsito em julgado, desde que por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, excepcionada a possibilidade de liberdade provisória, consoante de verifica dos incisos LXI e LXVI do art. 5º da CF/88. Além disso, destacam que o art. 117, IV, do CP, estabelece a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis como último marco interruptivo do prazo prescricional, o que reforça a necessidade de executar a pena a partir da condenação em segunda instância, não estando violado o disposto nos arts. 105 e 147 da Lei de Execução Penal, pois não vedam a expedição de guia de recolhimento provisório.

Ressalta-se que tais parâmetros não foram definidos com base apenas nos preceitos, valores e fundamentos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Os eminentes ministros, valendo-se do denominado transconstitucionalismo, não pouparam esforços em fazer uma comparação com os mandamentos dispostos em outros países, que adotaram medidas semelhantes em busca da efetivação do direito penal, máxime no que se refere aos objetivos e fundamentos gerais e específicos da pena, tendo destacado que nem os tratados e convenções internacionais de que o Brasil faz parte (Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e Pacto de São José da Costa Rica de 1969) exigem o trânsito em julgado, mas apenas que a culpa seja comprovada.

Dessa forma, a restrição do princípio da presunção de inocência resta justificada pela maior satisfação e otimização da função jurisdicional penal, resgatando-se a credibilidade da justiça, principalmente das instâncias ordinárias, privilegiando e dando efetividade às suas decisões, e os objetivos geral e especial da pena, quebrando-se o paradigma da impunidade;

devolve ao STJ e ao STF seus valores institucionais concebidos na CF/88, de uniformizadores da jurisprudência das leis federais e da Constituição, desestimulando a interposição de recursos protelatórios; reduz a seletividade judicial, promovendo o tratamento isonômico entre condenados de classes distintas e a duração razoável do processo, aumentando, por consequência, a proteção dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal e pela constituição.

Diante de tantas justificativas para relativização do princípio da presunção de inocência, já que quanto maior a restrição de um maior deve ser a satisfação do outro, devendo-se a solução ser altamente justificada, não se pode considerar a antecipação da pena como prática abusiva e arbitrária, pois garante ao acusado todos os seus direitos (sistema acusatório, ampla defesa, contraditório, inversão do ônus da prova, presunção de inocência até prova da culpa) nas instâncias ordinárias, e privilegia-se nas instâncias extraordinárias a efetivação da lei penal. Trata-se, portanto, de solução harmônica, racional, controlada e justificada, a qual se demonstrou, minuciosa e argumentativamente, ser necessária, adequada e proporcional ao ordenamento jurídico nacional, estando justificado qualquer esvaziamento do núcleo essencial do preceito sob judice pela proporcionalidade, conforme preceitua a teoria relativa. Não está aqui se estabelecendo uma precedência absoluta da efetividade da lei penal, até porque a regra estabelecida pode ser excepcionada por meio de medida cautelar ou de *habeas corpus*.

Desse modo, em uma atuação mais ativista, a Suprema Corte reinterpretou a norma constitucional para moldá-la as circunstâncias fáticas e jurídicas vividas hodiernamente no Brasil, tendo recorrido a elementos extrajudiciais, máxime suas pré-compreensões, a opinião pública e das instituições, para realizar uma mutação constitucional legítima.

A tese vencida, por seu turno, adota posição mais conservadora, que presa pela autocontenção do Poder Judiciário, podendo-se dizer que adota um modelo mais puro do direito em seus fundamentos, privando-se de posicionamentos mais políticos, de modo a adotar prioritariamente uma interpretação mais clássica e, conseqüentemente, uma resolução mais simples da questão (caso fácil), prevalecendo um amplo âmbito de atuação.

Prioriza em manter a essência da função para a qual o preceito foi concebido, no sentido de limitar e controlar o poder estatal até o trânsito em julgado, em resposta aos abusos e arbitrariedades oriundos dos períodos ditatoriais e do militarismo (que pregavam a presunção de culpabilidade), protegendo, assim, o acusado de qualquer juízo antecipatório, suposto ou fundado em meras conjecturas. É visto como regra e é taxativo, não aceitando,

assim, interpretações em contrário ao que está expresso no Texto Constitucional, comportando tão somente as exceções estabelecidas e permitidas pela Constituição, como é o caso de prisões e medidas cautelares devidamente motivadas.

Assim, considerando o sentido dado pelo constituinte originário, não comporta ponderação, é uma precedência absoluta até o trânsito em julgado, aplicando-se na base do “tudo ou nada”, pois seu âmbito de proteção está bem delineado na CF/88 (estado de inocência em todas as instâncias do Poder Judiciário) e sua natureza jurídica exige que estejam resguardados os direitos do réu em todas as fases processuais, sobretudo o sistema acusatório, a inversão da prova, o *in dubio pro reo*, o *favor rei*, além dos efeitos penais extrapenais e penais primário e secundário, de modo que a culpa deve ser comprovada de forma indiscutível pela acusação, ou seja, quando não caiba mais recurso. Assim, nos termos da teoria absoluta, para definição e preservação do núcleo essencial, o princípio da presunção de inocência tem o trânsito em julgado como parte intangível da sua essência.

Desse modo, estando positivado na Constituição, é considerado como mandamento que vincula todos, inclusive o Poder Judiciário, e tem eficácia e deve ser protegido até o esgotamento recursal. Cabendo observar que é dever do Poder Judiciário, sob o primado da supremacia da Constituição, conferir-lhe a maior aplicação e efetividade, devendo recusar interpretações e aplicações em sentido contrário. Como no caso em apreço, em que, valendo-se do controle de constitucionalidade, deveria ter julgado inconstitucional o ato do Poder Judiciário que determinou a execução provisória da pena.

Reconhecem que os valores são mutáveis, mas que, principalmente em tempos de crise, deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, já que o Poder Judiciário não deve ceder a toda a vontade da sociedade, devendo se valer do seu poder contramajoritário para aplicar a norma e a interpretação adequada. Nesse ponto destaca que a conquista da presunção de inocência se deu em um processo histórico longo e conturbado, em resposta aos abusos do sistema inquisitorial e das barbáries dos governos absolutistas, devendo ser observado o preceito de vedação do retrocesso, sobretudo na espécie, em que a garantia constitucional acaba por ser aniquilada.

Nesse prisma, alertam que a execução antecipada da pena esvazia o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, em havendo decisão absolutória em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial, não será possível devolver/ressarcir ao acusado seu *status* anterior (a liberdade).

Dos fundamentos expostos, verifica-se que os ministros vencidos valeram-se preponderantemente dos métodos da hermenêutica clássica, vinculando-se ao sentido gramatical do texto e ao momento e motivos históricos que levaram à positivação do preceito fundamental, assim como fizeram análise lógica e sistemática do ordenamento jurídico. Interessante que, neste último ponto, aponta interpretação e sentidos diferentes aos arts. 105 e 147 da LEP e 637 do CPP, afirmando que, em relação a este último, deve ele ser interpretado de acordo com a CF, e não o contrário, de forma que os recursos extraordinários e especiais serão recepcionados nos dois efeitos (devolutivo e suspensivo). E, quanto aos preceitos da Lei de Execução Penal, disciplinam eles que para que a sansão seja imposta ao agente é imprescindível o trânsito em julgado, entendido este como o esgotamento de todos os meios recursais.

Dos métodos modernos, pode-se de dizer que se atêm ao modelo comparativo, apresentando vastos mandamentos de outras nações que, assim como o Brasil, exigem o trânsito em julgado, ressaltando não ser adequado valer-se da prática de outros países que adotaram a medida restritiva, pois tais legislações não condicionam a descaracterização da inocência ao trânsito em julgado.

Assim, verifica-se que a tese mais conservadora, distante ao que preceitua o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, firma o entendimento de que a presunção de inocência tem sempre o mesmo sentido, não permite ao intérprete exercer papel criativo, pois qualquer um que seja extrapolará o sentido gramatical da norma, o que é vedado pela hermenêutica clássica, que se aplica pela subsunção. Dessa forma, o novo posicionamento jurisprudencial do Supremo transmuda-se em mutação inconstitucional.

Como se pode verificar do julgado, a disputa foi acirrada, e tanto as argumentações favoráveis à execução antecipada da pena como as contrárias mostraram-se suficientes para justificar e tornar válido qualquer dos argumentos. Sendo certo que aqueles favoráveis tiveram que apresentar, necessariamente, uma argumentação mais robusta, já que se trata de mitigação de um preceito fundamental de grande força normativa. Por outro lado, aqueles contrários, tiveram como argumento principal o próprio mandamento constitucional, que não comporta interpretação em contrário, sendo tal argumento suficiente para sustentar a tese, já que expresso no próprio Texto Constitucional.

O interessante desse embate é que a hermenêutica para composição da norma vai além da divergência da interpretação do art. 5º, LVII, da CF/88, havendo conflito e discordância

também no tocante à definição e ao alcance de normas infraconstitucionais (como o art. 637 do CPP, assim como os arts. 105 e 147 da LEP) e também dos tratados internacionais. De um lado define-se que o art. 637 do CPP não é inconstitucional, que seus arts. 105 e 147 permitem a execução provisória da pena, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica não exigem o trânsito em julgado. De outro lado, prega-se exatamente o contrário. Sem olvidar que aqueles entendem que a ausência de efeito suspensivo dos recursos especiais e extraordinários decorre da própria constituição, enquanto estes pregam que tais inconformismos são recepcionados em regra nos dois efeitos.

São muitos os embates e não há como negar que ambas as teses são fortíssimas, mas também não se pode negar que o preceito da presunção de inocência é um princípio, aplicando-se a ele a análise necessária na colisão de normas constitucionais, para atribuir-lhe maior ou menor peso, a depender do caso concreto. Não se pode aceitar esse preceito como regra, aplicando-se no tudo ou nada, pois assim estaríamos proibindo qualquer tipo de persecução penal, assim como estaríamos revogando o Direito Processual Penal e o próprio Direito Penal, conforme preceitua Fernando Brandini Bargalo (2015):

Ao analisar os critérios diferenciadores entre princípios e regras, não há como deixar de incluir a presunção de inocência na categoria de princípios.

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando”, como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.

Por outro lado, verifica-se a (constante) interação entre a presunção de inocência e outros princípios constitucionais que determinam a forma como deve dar-se a repressão estatal ao crime. A situação fática e jurídica subordina a verificação da preponderância da presunção de inocência ou quando obterá maior densidade ou “maior peso ao colidir com outras normas. Por conseguinte, pode-se afirmar que a presunção de inocência possui características assemelhadas às dos princípios.

Em conclusão, Zanoide reafirma que a presunção de inocência:¹⁶² “É norma-princípio, porquanto, sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é como as normas-regras, prescritivas de condutas”.

(...)

Ao analisar as posições doutrinárias, conclui-se que a presunção de inocência adéqua-se aos delineamentos dos conceitos mais aceitos de norma-princípio. Aceitá-lo como regra, na forma como essa espécie normativa é conceituada pela doutrina (regra de aplicação do “tudo ou nada”), equivaleria a revogar o direito processual penal e, por consequência o próprio direito penal.

Nesse diapasão, a maior celeuma gira em torno de que momento se dá o trânsito em julgado para o início da execução da pena, tendo se definido que se esgota, quanto à análise

de provas e fatos, nas instâncias ordinárias, já que o STF e o STJ não são instâncias de revisão. Não cabe a eles a análise de justiça ou injustiça no caso concreto, de satisfazer o direito subjetivo do recorrente, mas sim a análise objetiva em prol da coletividade. Quanto a esse ponto, complementa, ainda, Bargalo (2015), que tais aspectos estão sumulados tanto na Suprema Corte (Súmula 279), quanto no Superior Tribunal de Justiça (Súmula 7), salientando que, dado o complexo sistema recursal brasileiro, deve-se entender que o duplo grau de jurisdição está atrelado aos recursos ordinários, que são os meios adequados a verificar a insatisfação do jurisdicionado, sendo os recursos extraordinários ferramentas uniformizadoras da jurisprudência da lei federal e constitucional.

Nelson Nery Junior (2016) discorda veementemente de tal tese, tendo lançado duras críticas ao novo posicionamento da Suprema Corte, destacando que as próprias leis infraconstitucionais estabelecem quando se dá o trânsito em julgado, ou seja, com o esgotamento de todos os meios recursais, inclusive os extraordinários. Destacou que a Suprema Corte, ao sustentar que se deve dar credibilidade as decisões das instâncias ordinárias, ignorou a estatística de que “o STF concede à ordem de *habeas corpus* em mais de 30% dos casos que são por ele examinados”. Salientou, ainda, que não é verdade que os Tribunais Superiores não analisam provas e fatos, já que, além do juízo de cassação, podem proferir o juízo de revisão, no qual julgam “a lide em toda a sua inteireza”. Por fim, concluiu que não houve mutação constitucional no caso em apreço, sob os seguintes argumentos:

Com essa decisão do STF no HC 126292 não ocorreu *mutação constitucional*, ou seja, a mudança de da jurisprudência sem alteração do texto da CF. *Mutação constitucional* é a mudança de entendimento do texto da CF por interpretação legislativa, administrativa ou jurisdicional, por razões sociais, políticas, econômicas, filosóficas etc., desde que seja mantido o texto e o espírito da CF. O limite da mutação, é portanto, o *texto* da Constituição e o *programa* do texto normativo.⁶⁹⁰ De outra parte, somente se admite mutação constitucional em favor de direitos fundamentais. Em razão da proibição de retrocesso, nunca se pode admitir a mutação constitucional *contra* direitos fundamentais,⁶⁹¹ como ocorreu no caso do julgamento, pelo STF, do HC 126292.⁶⁹²

Nesse ponto, cabe salientar que a proibição do retrocesso, como visto anteriormente, não é pacífica. Afora isso, em contrapartida à afirmação de Nery Junior, tem-se que a tese favorável justificou a mutação constitucional em favor da efetividade da lei penal, em prol da vida, da segurança, da proteção do patrimônio e da integridade física e psíquica, dentre outros, tendo inclusive demonstrados os efeitos práticos negativos (pragmatismo jurídico) da

jurisprudência firmada em 2009, de forma que se buscou atender aos anseios da sociedade quanto à celeridade da justiça, à duração razoável do processo, à sensação de impunidade e à segregação judicial. E se tal tese tem a aprovação social, pode-se dizer que a mutação constitucional é válida, desde que demonstrado exaustivamente que não houve exaurimento de outros preceitos confrontados e que observou-se os preceitos e valores constantes no ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, quanto ao atendimento do clamor público, a fim de aplicar medidas mais rígidas, podemos destacar o denominado direito penal do inimigo, no qual se prega, em síntese, “uma forma mais severa de tratamento penal, ou em prejuízo de garantias penais e recursais”, consoante define Flávio Augusto Antunes (2013). Afirma o autor que os anseios sociais de efetivação dos direitos, decorrência natural da evolução da sociedade, não podem esbarrar incondicionalmente nos ideais garantistas da Constituição e do sistema penal. Há atualmente a necessidade de se refletir acerca da aplicabilidade e limitabilidade do princípio da presunção de inocência, em prol de garantir os valores constitucionais de um meio ambiente equilibrado, de uma segurança pública efetiva, de uma ordem econômica justa e de uma seguridade social que proveja saúde, previdência e assistência, proporcionando aos cidadãos garantia de uma cidadania plena. Defende, assim, a legitimação do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico pátrio e a mitigação do princípio da presunção de inocência, como forma de combater a criminalidade e de reduzir a sensação de impotência e insegurança, *in verbis*:

Assim, e pelo fato de o direito penal do inimigo ser envolto em ciclos em que ora há tendências mais garantistas, de proteção maior à pessoa do acusado, e ora de movimentos mais – diga-se – policialescos, em que há limitação ou mesmo exclusão das garantias penais e processuais hoje conhecidas, e em razão do aumento da criminalidade organizada ocorrida nos últimos anos, que acaba gerando uma sensação de impotência e de insegurança, acredita-se que se deve legitimar o que se denomina direito penal do inimigo, ainda que para algumas situações apenas e desde que consideradas algumas garantias mínimas, como a duração razoável do processo. E a única forma de se equilibrar essa luta contra o crime é dotar os meios investigativos e processuais de normas próprias do direito penal do inimigo, limitando-se o garantismo penal para esse tipo de situação envolvendo a criminalidade organizada, mitigando-se, assim, a presunção de inocência para que não haja impunidade, e tendo nesse particular a norma penal o efeito simbólico que se espera dela, quanto à prevenção e repressão ao crime, para que o criminoso tenha a certeza de sua punição.

Odone Sanguiné (2014), por seu turno, ao tratar da denominada legislação de

emergência, na qual se busca medidas imediatas para sanar problemas relativos à criminalidade, condena a adoção de tal medida em face da prisão provisória, alertando que pode acabar por se tornar uma legislação ordinária. Destaca que o Juiz, no Estado de Emergência, distancia-se da sua função jurídica, para atuar mais politicamente, exercendo muitas vezes a atribuição dada à polícia (preventiva ou *anti-delictum*), mas de forma livre, já que o judiciário não é controlado nem fiscalizado em outra sede, degenerando, assim, os ideais do Estado Democrático de Direito. Por fim, conclui que, talvez pela adoção desse tipo de postura, o Projeto do CPP n. 156/2009, estabelece meios de contenção do Estado de Emergência:

A jurisprudência que aplica a prisão cautelar com fundamento na ordem pública como mecanismo de luta contra a criminalidade, isto é, como verdadeira pena antecipada, invocando conceitos como clamor público, credibilidade das instituições, etc., sem qualquer parâmetro próprio de um processo penal do inimigo ou de emergência¹³⁸. Provavelmente para evitar essa degeneração, o Projeto do CPP n. 156/2009 preconiza a contenção dessa tendência expansiva do Estado de emergência dispondo no art. 556 que “a prisão preventiva jamais será utilizada como forma de antecipação da pena” (§ 1º) e que “o clamor público não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva” (§ 2º).

Embora bem lançadas as considerações por Sanguiné, o que se pode observar é que o cenário no Poder Judiciário brasileiro está tendendo, ultimamente, a aplicar medidas mais severas aqueles que respondem a um processo penal. Na jurisprudência formada no HC 126.292/SP, resta claro que se busca aplicar medida mais severa e diferenciada aqueles que forem condenados em segunda instância, de modo a permitir a execução antecipada da pena, ainda que o acusado tenha respondido ao processo em liberdade e não tenha a acusação manifestado seu inconformismo em segunda instância, de forma que o decreto de prisão passa a ser decorrência lógica da decisão condenatória em grau de apelação, com fundamento na garantia da ordem pública, já que comprovada a culpabilidade do agente, conforme ocorreu no caso em apreço. Corrobora, para demonstra tal tendência, o fato de os Tribunais de Justiça e o STJ atenderem de pronto a decisão exarada pela Suprema Corte em processo *inter partis* e sem efeitos *erga omnes*.

E não é só, em pesquisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há outros julgados em demonstram tendência de se aplicar medidas mais severas a determinados casos, como, por exemplo, no emblemático julgamento da Terceira Seção do STJ, nos autos do RHC 63.855/MG, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 13/06/2016, em que se decidiu que a

prática pretérita de atos infracionais podem justificar a prisão preventiva, pois denota a “recidiva do comportamento criminoso”. Ainda quanto à valoração negativa dos atos infracionais, já decidiu também o STJ que tal circunstância, embora não seja apta para configurar maus antecedentes, tampouco a reincidência, podem indicar que o agente se dedica a atividades criminosas, de forma a permitir o não reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. (*vide*: HC 315.578/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 03/06/2016, e HC 333.749/SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 08/02/2017).

Ainda nesse sentido, pode-se destacar decisões em que se permite que inquéritos policiais e ações penais em curso, embora não possam configurar maus antecedentes nem a reincidência do agente, podem tanto justificar a prisão preventiva do agente (no STJ, RHC 55.736/DF, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 24/04/2015, e RHC 55.996/BA, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/03/2016, e no STF, HC 126.501/MT, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 04/10/2016, e HC 130.346/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14/03/2016) como podem fundamentar a inaplicabilidade do redutor pelo tráfico privilegiado, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, (HC 364.765/MG, Relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/12/2016, e AgRg no AREsp 989360/BA, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 19/12/2016).

Nos referidos julgados, como se pode perceber, tanto o STJ quanto o STF decidiram por validar a aplicação de medidas mais severas aos agentes, ou para aplicar pena mais gravosa ou para manter a custódia cautelar, com base em processos pendentes de definitividade ou com amparo em atos infracionais, o que vai de encontro diretamente com o princípio da presunção de inocência, já que se deduz que o agente possui uma personalidade voltada à criminalidade, ainda que tecnicamente primário.

Diante do exposto, o que se verifica no atual cenário do ordenamento jurídico brasileiro, em relação ao direito penal e processual penal, é que o Poder Judiciário está buscando meios de dar mais eficácia/efetividade à aplicação da lei penal em resposta aos anseios da sociedade, a fim de melhor proteger os bens penais juridicamente tutelados. Para isso, está aplicando medidas mais severas, limitando garantias constitucionalmente previstas, valendo-se das premissas outorgadas pela Constituição, dos mandamentos da hermenêutica constitucional contemporânea, do neoconstitucionalismo e do transconstitucionalismos, a fim

de adequar as normas à evolução social.

No caso, valendo-se da ponderação e da teoria da argumentação, buscou demonstrar que a execução antecipada da pena é a medida mais adequada, necessária e proporcional, após a condenação em segunda instância, mitigando-se, portanto, o princípio da presunção de inocência. Cabe destacar que, mesmo que o agente tenha sido absolvido em primeira instância, sobrevivendo condenação em sede de apelação, permite-se o início da execução penal provisória, conforme se verifica do HC 368.161/RJ, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 10/02/2017, já que o acórdão possui efeito substitutivo e supera os fundamentos lançados na sentença condenatória.

Por outro lado, havendo embargos de declaração ou infringentes pendentes de julgamento, não se pode iniciar a medida antecipatória, já que se considera que o acórdão condenatório ainda não transitou em julgado. Casos esses em que o STJ tem concedido a ordem, de ofício, para suspender o decreto prisional (*vide*: HC 366.694/SP, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 14/02/2017, e HC 373.622/PE, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/11/2016).

Verifica-se, também, que em casos excepcionais o STJ tem concedido a ordem, de ofício, para suspender os efeitos da execução provisória da pena, quando constada a possibilidade de provimento do REsp para alteração da situação do paciente para menos gravosa, como no caso do HC 367.407/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/12/2016, no qual, tendo verificado as circunstâncias favoráveis ao paciente e o *quantum* da pena (inferior a 4 anos), considerou a possibilidade de fixação de regime mais brando e acolheu o pleito defensivo para suspender os efeitos da execução antecipada. Do mesmo modo procedeu o Ministro no HC 368.219/SP, DJe 12/12/2016, em que verificou a possibilidade de provimento do REsp para aplicar o redutor pelo tráfico privilegiado, o que alteraria o regime e o *quantum* da sanção inicialmente imposta, de modo que concedeu a ordem para suspender os efeitos da medida antecipatória.

Por fim, no que se refere ao fato de que os acusados não estarão desamparados diante de decisões abusivas, ilegais/inconstitucionais ou teratológicas, proferidas pelas instâncias ordinárias, já que poderão sanar o constrangimento ilegal por meio de medidas cautelares e principalmente *habeas corpus*, pode-se considerar que tal medida já vem sendo adotada por boa parte dos defensores. O *habeas corpus* é medida mais célere e isenta das “burocracias” recursais presente no REsp e no RE, e, embora tenha se firmado a jurisprudência no STF e no

STJ que o HC substitutivo de recurso próprio é o meio inadequado (HC 109.956 / PR, Primeira Turma do STF), tem-se admitido a concessão da ordem, de ofício, quando verificado flagrante constrangimento ilegal, o que pode se verificar dos HCs citados anteriormente.

Consequência disso, os defensores tem impetrado cada vez mais *habeas corpus*, em busca de uma solução mais rápida do poder judiciário para sua lide, conforme se verifica do Relatório Estatístico 2016, do Superior Tribunal de Justiça. No referido ano, do total de processos distribuídos ao STJ (335.779), 72.204 foram para a 3ª Seção, que é composta pela 5ª e 6ª Turmas e cuida da matéria penal no Órgão. Desses 72.204, 37.667 correspondem a *habeas corpus* e 12.822 a recurso ordinário em *habeas corpus*, totalizando 50.489 processos. Ou seja, deveras pode haver uma redução na interposição de recursos protelatórios e até de REsp e RE, caso a defesa entenda que seu inconformismo poderá ser solucionado por meio do *habeas corpus*, mas tal consequência da nova jurisprudência não pode ser percebida nesse primeiro momento, que, assim como as demais mudanças (diminuição da segregação judicial, credibilidade da justiça e diminuição da sensação de impunidade), somente, se mostrarão com o tempo.

CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência nasceu em repúdio aos abusos e arbitrariedades do Estado, sobretudo em resposta às barbáries do sistema inquisitorial e à presunção de culpabilidade que imperavam naquele momento, onde o réu era considerado culpado e cabia a ele comprovar sua inocência. A aplicabilidade do princípio da não culpabilidade variou ao longo da história, havendo momentos de ampla aplicabilidade e outros em que praticamente deixou de existir, dados os ditames estabelecidos pelos Estados autoritários e totalitários, como ocorreu no nazismo e no fascismo, onde nem a própria norma posta era respeitada, mas tão somente os ideais desses movimentos.

Após a Segunda Guerra Mundial, dadas as atrocidades, as destruições, o caos instituído e principalmente o desrespeito total aos direitos naturais do homem, passou-se a dar mais ênfase e a priorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que proporcionou uma massificada instituição de estados democráticos de direitos com instituições garantistas. Momento esse em que o princípio da presunção de inocência passou a ter mais força e a ser melhor observado, tendo previsão em diversos tratados e acordos internacionais, como na Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, e no Pacto de São José da Costa Rica.

No Brasil não foi diferente, o princípio da presunção de inocência teve muita variação na sua aplicabilidade, podendo-se considerar que na Era Vargas e nos períodos de ditadura militar tornou-se letra morta. Sua aplicação no ordenamento jurídico, embora não fosse previsto expressamente, se apresentou em diversos momentos em decorrência da aplicação de outros preceitos Constitucionais, como o *in dubio pro reo*, o *favor rei*, o contraditório e a ampla defesa. Somente veio a ser positivado expressamente com a promulgação da CF/88, que, como resposta aos períodos ditatoriais, apresentou-se complexa, completa e muito garantista, constitucionalizando direitos que entendeu serem importantes, tirando-os da ceara infraconstitucional para dar-lhes um *status* elevado.

Da leitura do texto do art. 5º, LVII, da CF/88, em conjunto com as emendas que antecederam sua consolidação, verifica-se que o legislador originário buscou dar ênfase máxima a tal princípio, sobretudo no que se refere ao trânsito em julgado, de forma que se dá a entender que foi instituído como um “super princípio”, posto que no ordenamento jurídico pátrio considera-se o trânsito após esgotamento de todos os meios recursais.

Entretanto, esse não foi o entendimento dado pelo STF em 1991, no que se refere à

execução provisória da pena, tendo entendido, em uma análise sistemática, que o trânsito em julgado para início da execução da pena se dá após a decisão condenatória de segunda instância, considerando que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo e, sobretudo, que o preceito da presunção de inocência não é uma regra, e sim um princípio, de forma que deve ser aplicado e observado de maneira mitigada, estando demonstrada a culpabilidade do agente após a condenação em sede de apelação.

Ora, justamente no momento em que se esperava uma decisão mais firme e garantista de aplicabilidade do referido preceito, dada a euforia de superação das mazelas dos períodos ditatoriais e da instituição de um modelo totalmente garantista, a Suprema Corte, à unanimidade, negou-lhe aplicação ampla e robusta, colocando-o em patamar inferior em relação a outras normas.

Talvez tal posicionamento se justifique por outra onda vivida no país naquele momento, de respostas mais severas à criminalidade, como bem observou o Ministro Eros Grau em seu brilhante voto no HC 84.078/MG, em que foram promulgadas verdadeiras leis de emergência, que posteriormente foram consideradas inconstitucionais pelo Excelso Pretório. Os ministros que compunham a Corte naquele primeiro momento, ressalvados os posicionamentos de Celso de Mello e de Marco Aurélio, que foram considerados como ausentes, possivelmente tinham suas pré-compreensões no mesmo sentido, considerando mais acertado aplicar medidas mais severas aos condenados de segunda instância. Cabendo ressaltar que estávamos num momento de transição de um estado ditatorial para um estado democrático de direito e, como toda mudança, deixa resquícios, não havendo uma modificação absoluta da noite para o dia.

Ocorre que com a mudança dos membros que integram o Supremo Tribunal Federal, mudam-se também as concepções e os ideais do julgador, tendo o STF se travestido de um Tribunal mais conservador e mais vinculado aos mandamentos do Texto Constitucional no ano de 2009, de forma que a maioria dos membros (7 x 4) que compunham a Corte nesse momento resolveu conferir ao princípio da presunção de inocência nova interpretação, no sentido de proibir a execução antecipada da pena, exigindo-se, para o trânsito em julgado, o esgotamento de todos os meios recursais cabíveis, de forma que deveria ser observado como regra absoluta, conforme descrito no Texto Constitucional, não sendo válida sua relativização com outros preceitos, ressalvadas apenas as exceções previstas expressamente.

Ou seja, 21 anos depois da promulgação da Carta Magna, 18 anos da consolidação da

jurisprudência anterior e com sua composição quase totalmente alterada, é que a maioria dos Ministros da Excelsa Corte alinhou-se ao estabelecido pelo Constituinte originário, conferindo ao princípio da presunção de inocência o real espírito para o qual foi instituído, qual seja, proteger o acusado de juízos antecipados e abusivos acerca da sua culpabilidade, considerando-o inocente até que a sua culpa seja definitivamente comprovada, ou seja, somente quando não caibam mais recursos ordinários ou extraordinários. Nota-se que nessa tese os Ministros adotaram uma atuação mais conservadora, a fim de privilegiar sentido literal descrito no Texto Constitucional e de resguardar a intenção do legislador originário.

No entanto, mais uma vez a composição do Supremo se alterou, ocorrendo até 2016 a troca de 6 ministros, dos quais, ao final, 4 dos novos ministros foram favoráveis à nova mutação constitucional, à mudança de paradigma, à revisão da jurisprudência firmada em 2009. Cabendo salientar, ainda, que o Ministro Gilmar Mendes, que em 2009 havia sido contrário, em 2016 passou a ser favorável à execução provisória da pena. Em suma, a maioria dos ministros que ingressaram na Suprema Corte a partir de 2009 foi fundamental na mudança da jurisprudência do STF acerca do tema, restando demonstrado que suas concepções e ideais são menos conservadores e tendentes ao ativismo judicial e à mutação constitucional. Suas visões acerca do Texto Constitucional são mais ativista, de forma que nenhuma norma constitucional tem caráter absoluto, estando todas sujeitas à mitigação no caso concreto, não havendo precedência absoluta de qualquer norma que seja, no caso em apreço, o princípio da presunção de inocência. Por certo estão sendo mais políticos do que juristas e, amparados pelos ideais do neoconstitucionalismo e do pós-positivismos, pregam a sistematização de que toda e qualquer norma deve ser interpretada para definição do seu sentido e de seu alcance.

É certo que o Texto Constitucional exige o trânsito em julgado, e numa visão literal da norma não há como, em tese, dar outra interpretação à exigência prevista no art. 5º, LVII, já que a própria definição de quando operará o trânsito em julgado é clara e incontestada, ou seja, ocorre quando não couber mais recurso, não havendo distinção entre ordinários e extraordinários. Entretanto, não se pode desconsiderar que a sociedade evolui e que a norma deve evoluir junto com a sociedade, a fim de que o Estado Democrático de Direito seja mantido, sendo necessárias mudanças formais e informais (mutação constitucional) das normas para que isso ocorra e os anseios sociais sejam atendidos. O momento que vivemos atualmente é completamente diferente do cenário vivido em 1988. A sociedade está

caminhando a passos largos e muitos direitos, garantias e deveres constitucionais já foram revistos pelo Poder Judiciário, para se adequarem ao momento atual de aplicabilidade da norma, dando-lhes maior eficácia e aplicabilidade. O Estado Democrático de Direito foi instituído e vem tornando-se cada vez mais forte, mas para isso deve haver harmonia entre a aplicação das normas, princípios e valores como meio de guiar a sociedade.

A hermenêutica constitucional contemporânea, fruto do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, trouxe ferramentas para possibilitar que essa adequação seja feita, além de novos princípios, instrumentos e métodos que dão mais liberdade ao julgador na tarefa interpretativa e trata a norma, até que seja interpretada, como “não aplicável”. Cabe ao intérprete integrar o direito e definir qual o sentido e alcance da norma, sobretudo de princípios, tendo como premissa básica que em um ordenamento jurídico harmônico não existem princípios absolutos e que, havendo confrontos entre normas, valores e princípios constitucionais, deve-se aplicar a técnica da ponderação e a teoria argumentativa, sob o prisma da proporcionalidade, para delimitar um ou outro preceito em colisão. Deve-se considerar ainda que a hermenêutica constitucional está em constante evolução e aperfeiçoamento e atualmente a Suprema Corte tem se valido com frequência do direito comparado e do transconstitucionalismo como meios de resolução de casos difíceis.

Fator importante a ser considerado também é que não mais prevalece o entendimento de que o juiz é totalmente imparcial em suas decisões, sobretudo diante de casos difíceis, quando deverá apresentar uma solução que envolve não só questões jurídicas, mas também políticas. É certo que os magistrados sofrem influências externas da sociedade, de outras instituições, do próprio órgão que integra e até da mídia, e que buscará fazer prevalecer em seu julgado os seus ideais e as suas pré-compreensões acerca do tema em análise, os quais serão totalmente válidos, se demonstrado suficientemente que são compatíveis com o ordenamento jurídico.

Não se olvida que há limites interpretativos, mas dada a força concedida ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, sendo órgão autônomo, independente e não sujeito à fiscalização por outros órgãos, associados ao fato de os demais Poderes deixarem a cargo do Judiciário a solução de questões políticas e de casos difíceis, caberá a ele próprio e a seus membros estabelecerem os limites que entenderem necessários. E é por isso dos embates nesses casos complexos, já que os mais conservadores discordam de um ativismo exacerbado em determinados casos, preferindo resguardar sua atuação à autocontenção.

Afora tal celeuma, em conformidade com os princípios gerais do direito, com a hermenêutica constitucional contemporânea, com o pós-positivismo e com o neoconstitucionalismo, deve-se observar que, na ponderação de princípios e normas constitucionais, o magistrado/intérprete deve expor argumentos válidos para a solução apresentada e, quanto maior for a relativização de um preceito, maior deve ser a justificativa para a preponderância do outro. E não é só, veda-se também que a preponderância de um extermine o outro, de forma que toda mitigação deve estar respaldada na proporcionalidade, entendida esta em seu sentido de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, deve-se observar que a ponderação não pode estabelecer uma precedência absoluta, de modo que deve ser analisado o caso a caso.

Pois bem, conforme demonstrado, não há dúvidas de que a presunção de inocência não é uma regra, aplicando-se no “tudo ou nada”, e sim um princípio, estando, portanto, submetidos aos mandamentos inerentes a essa espécie normativa. Desse modo, pode-se concluir que não possui caráter absoluto e está sujeito a mitigações quando em conflito com outras normas, preceitos ou valores fundamentais, podendo ter atribuído menor peso e menor aplicabilidade e eficácia quando da sua ponderação.

Neste trabalho, o foco principal da relativização do princípio da inocência se deu em relação à possibilidade ou não da execução provisória da pena, após a condenação em segunda instância, analisando-se tal questão sob o prisma da oscilação da jurisprudência na Suprema Corte, bem como dos aspectos e fundamentos das teses favoráveis e contrárias à medida, a fim de se verificar a validade das decisões e da jurisprudência consolidada.

Nesse ponto, não há dúvidas de que a tese contrária é totalmente válida sob o aspecto constitucional, haja vista que, considerada a literalidade do inciso LVII do art. 5º da CF/88, aplica-se veementemente o estabelecido pelo constituinte originário, exigindo-se o exaurimento de todos os meios recursais ordinários e extraordinários.

Ocorre que, dadas as circunstâncias atuais vivenciadas pela sociedade brasileira, tal tese não se mostra mais adequada, sobretudo quando demonstradas as consequências negativas trazidas pela jurisprudência consolidada em 2009. Não há dúvida de que os acusados abastados passaram a utilizar indevidamente dos meios recursais disponíveis para, de má-fé, alcançarem a extinção da punibilidade pela prescrição. Pasmem, o próprio paciente do HC 84.078/MG, no qual se mudou a jurisprudência fixada pelo STF desde da promulgação da Carta de 1988, impetrou infundáveis recursos até que se operasse a prescrição da punibilidade,

não tendo sido punido pelo delito que cometeu. Sem falar dos demais casos em que os condenados, inclusive pelo delito homicídio, protelaram dolosa e deslealmente o trânsito em julgado por mais de 20 anos.

A sensação de impunidade e a criminalidade só vêm aumentando no Brasil, causando o descrédito no Poder Judiciário e vem ocasionando, inclusive, ações reiteradas de justiceiros, de forma que a sociedade está buscando fazer justiça com as próprias mãos, tamanha é a insatisfação com as instituições públicas. Conforme dados do Atlas da Violência 2016, do Ipea e do FBSP, em 2014, o Brasil registrou número recorde de homicídios, 59.627, equivalendo a 29,1 homicídios por 100 mil habitantes, superando os patamares registrados em 2004, 2007, 2008 e 2011, respectivamente, 48 mil, 50 mil, 50 mil e 53 mil, de modo que as mortes ocorridas em 2014 no Brasil passaram a representar mais 10% dos homicídios registrados no mundo, colocando o Brasil como o país com maior número absoluto de homicídios e entre os 12 países com as maiores taxas de homicídios por 100 mil habitantes. Além disso, consoante o Índice de Progresso Social 2016, o Brasil aparece como o 11º país mais inseguro do mundo, ocupando a 123ª posição do *ranking*, no quesito segurança pessoal, dentre 133 países analisados, que corresponde a 94% da população mundial. Não se olvida, ainda, da crescente ação de justiceiros em todo o país, que está se tornando cada vez mais comum, onde pessoas estão fazendo justiça com as próprias mãos, o que vem sendo noticiado por diversos meios de comunicação, como o HuffPost Brasil e o R7 notícias.

A decisão proferida em 2009, embora muito bem delineada, acabou por gerar a inaplicabilidade da lei penal, por tornar ineficientes os objetivos da pena, já que o cumprimento da sanção penal somente se dava anos após o cometimento do delito ou até sequer chegava à etapa de cumprimento da medida, em razão da prescrição da pretensão punitiva, ante a necessidade de se esgotar todas as instâncias ordinárias e extraordinárias. Os processos tornaram-se cada vez mais morosos, ante a interposição infundável de recursos, violando também o preceito da duração razoável do processo. O Estado passou a falhar na proteção dos bens jurídicos relevantes, como a vida, segurança, patrimônio, meio ambiente, integridade física e psíquica e a própria dignidade da pessoa humana, violando o princípio da proporcionalidade em sua dimensão positiva, já que passou a atuar de forma não satisfatória.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passaram a ser verdadeiras instâncias revisionais, contrariando, portanto, o fim institucional e jurídico estabelecido pela Constituição Federal de 1988, de serem uniformizadores da jurisprudência

das normas federais e constitucionais.

Em suma, passou-se a exigir um formalismo exacerbado que conferia maior proteção ao acusado e dava maior efetividade ao princípio da presunção de inocência, mas que na prática acabou por diminuir e até por extinguir a eficácia de outras normas constitucionais, não havendo um convívio harmônico entre os preceitos fundamentais, mas sim uma precedência absoluta da presunção de inocência até o trânsito em julgado, o que é vedado pela teoria geral do direito, tendo o Judiciário o papel precípua de dar a maior efetividade possível às normas constitucionais e observar os mandamentos de otimização dos princípios.

Desse modo, frente a tais circunstâncias, e considerando também que os demais Poderes não apresentam nem criam medidas efetivas para alterar o cenário atual, necessária se fez a relativização do princípio da presunção de inocência em relação à aplicação e à efetividade da lei penal, de forma que, para ser válida, deveria o Supremo Tribunal Federal, observado o princípio da proporcionalidade, apresentar argumentos e fundamentos suficientes para a solução traçada, a fim de dar maior efetividade possível a cada preceito, sem violar o núcleo essencial da presunção de inocência. E assim o fez.

Com o intuito precípua de recuperar a credibilidade do Judiciário e das instâncias ordinárias, de diminuir a sensação de impunidade, de resgatar os objetivos da pena, de diminuir a segregação judicial, bem como de reduzir a interposição de recursos protelatórios nos tribunais superiores, devolvendo-lhes seus valores e sua competência institucional, a Excelsa Corte decidiu, motivada e proporcionalmente, por relativizar o princípio da presunção de inocência e por permitir a execução provisória da pena após decisão condenatória em segunda instância, conferindo, assim, maior proteção dos bens penais juridicamente tutelados e atuação mais adequada e satisfativa do Estado.

Reforça-se que a medida mostra-se adequada, necessária e proporcional, tendo em vista que, num primeiro momento, preza-se por todos os direitos e garantias do acusado, inerentes ao princípio da presunção de inocência, conferindo-lhe o estado de inocência até que a acusação, por meio do devido processo legal e observado o duplo grau de jurisdição, comprove de forma incontestada a responsabilização do acusado perante as instâncias ordinárias, que são soberanas na análise de provas e de fatos. A partir desse momento, entende-se que a culpa do acusado está formada e que se deve iniciar o cumprimento provisório da execução, priorizando-se, portanto, a aplicação da lei penal, sendo a prisão consequência lógica da decisão de segundo grau, em prol da ordem pública, da coletividade e

da atuação e decisão das instituições públicas.

Tal medida se deu por meio de um processo hermenêutico completo e complexo, tendo os ministros se valido de diversos instrumentos e artifícios da exegese contemporânea para formar sua solução, analisando sistematicamente os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais a cerca da prisão, do direito processual penal, do direito penal, da execução penal, do sistema recursal, da atuação dos órgãos do Poder Judiciário, para definir e reestabelecer que os recursos especiais e extraordinários não possuem efeitos suspensivos, que o trânsito em julgado da formação da culpa se dará, em regra, com a condenação em sede de apelação, que nem a Constituição, nem o Código de Processo Penal, nem a Lei de Execução Penal proíbem a execução antecipada da pena e que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal não são instâncias de revisão e sim uniformizadoras da jurisprudência das normas federais e constitucionais.

Desse modo, a partir da condenação em segunda instância, a execução provisória da pena é medida que se impõe, justificada na manutenção da ordem pública, podendo o Tribunal determinar o recolhimento de ofício, ou seja, independente da manifestação da acusação. A medida pode ser imposta mesmo que o acusado tenha respondido ao processo em liberdade ou que tenha sido absolvido em primeira instância, cabendo ressaltar que não se aplica a antecipação da sanção enquanto não se esgotarem os meios recursais na segunda instância, de modo que, pendente de julgamento embargos de declaração ou embargos infringentes, não pode ter início a execução antecipada.

Saliente-se que, após tal decisão não estará extinto o princípio da presunção de inocência, que subsiste, caso o acusado interponha REsp ou RE, tão somente como proibição de execução das sanções extrapenais e penais secundárias, em regra.

Por fim, não se pode afirmar que tal decisão deixou os acusados desamparados e sujeitos incondicionalmente a decisões abusiva, ilegais, inconstitucionais ou teratológicas, já que poderão buscar aos Tribunais Superiores por meio de medidas cautelares ou de *habeas corpus*, com o intuito de suspender a execução provisória ou até de sanar o alegado constrangimento ilegal, reformando-se as decisões de segundo grau. E, conforme demonstrado, tal medida já vem sendo adotada por boa parte dos defensores, uma vez que se mostra mais célere e mais efetiva.

Diante de tais argumentos, verifica-se que, nos moldes da hermenêutica constitucional contemporânea, da teoria geral dos princípios e dos ideais do neoconstitucionalismo, do

transconstitucionalismo e do pós-positivismo, a jurisprudência firmada no HC 126.292/SP mostra-se válida e adequada ao atual momento vivido no Brasil, sendo certo que o crescimento da criminalidade está exigindo uma atuação mais árdua do Estado em prol da coletividade, do exercício de uma cidadania plena, conferindo aos cidadãos segurança, um meio ambiente equilibrado, resguardando sua integridade física e psíquica, dentre outros elementos, o que reforça o posicionamento adotado pela Suprema Corte.

Não pode se olvidar que essa nova jurisprudência reforça o atual modelo de atuação dos Tribunais na busca de aplicar medidas mais severas aos acusados, ainda que não demonstrada sua culpa definitivamente, apresentando tendências à instituição no ordenamento jurídico pátrio do denominado direito penal do inimigo, como pode se observar em alguns julgados do STJ e do STF, que vêm permitindo a utilização inquéritos policiais, de ações penais em curso e de atos infracionais como justificativa para a prisão preventiva e para a aplicação de sanções mais gravosas, ao entendimento que tais fatores, embora não permitam valorar negativamente os maus antecedentes do acusado, tampouco configurar a reincidência, permitem a adoção das citadas medidas por denotarem que o acusado tem personalidade voltada à prática delitiva, o que em princípio também violaria o princípio da presunção de inocência.

Por fim, cabe salientar que, como visto na análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência firmada e os mandamentos a serem seguidos estão totalmente atrelados aos ideais e às pré-compreensões de quem compõe a Suprema Corte, bem como às influências extrajudiciais que sofrem. Permitindo-se concluir, a partir das concepções apresentadas pela maioria dos ministros que ingressaram recentemente na Corte, que a solução dos futuros casos difíceis serão menos conservadoras, buscando-se diferentes meios para, através da ponderação, do ativismo judicial e da mutação constitucional, conferir novas interpretações aos preceitos fundamentais para melhor se adequar ao atual momento vivido pela sociedade brasileira, de forma a atender seus anseios e superar paradigmas instituídos. Sendo certo que as decisões não agradarão a todos, dadas as discordâncias morais razoáveis, mas que para ser considerada válida deve estar amparada na soberania popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXYY, Robert. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Flavio Augusto. *Presunção de inocência e direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BARBAGALO, Fernando Brandini. *Presunção de inocência e recursos excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro*. Brasília: TJDFT, 2015.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1ª Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da violência 2016*. Disponível em <http://infobucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 989.360/BA. Relator: PALHEIRO, Antonio Saldanha. Publicação: 19/12/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602537046&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0582. Relator: ANDRIGHI, Nancy. Publicação: 26/04/2016. Disponível em <<https://intrasec.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28%28126292%24+ou+126.292%24%29%29+E+%28%22Corte+Especial%22%29.org.&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 315.578/SP. Relator: DANTAS, Ribeiro. Publicação: 03/06/2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500234719&dt_publicacao=03/06/2016>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 333.749/SP. Relator: PACIORNIK, Joel Ilan. Publicação: 08/02/2017. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502056957&dt_publicacao=08/02/2017>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 364.765/MG. Relator: DANTAS,

Ribeiro. Publicação: 19/12/2016. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601990321&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em 02 de março de 2017. HC 364765

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 366.694/SP. Relator: MUSSI, Jorge. Publicação: 14/02/2017. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602123545&dt_publicacao=14/02/2017>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 367.407/SP. Relator: DANTAS, Ribeiro. Publicação: 12/12/2016. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602161181&dt_publicacao=12/12/2016>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 368.161/RJ. Relator: PACIORNIK, Joel Ilan. Publicação: 10/02/2017. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602192383&dt_publicacao=10/02/2017>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório estatístico 2016*. Disponível em
<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=292>>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 55.736/DF. Relator: REIS JÚNIOR, Sebastião. Publicação: 24/04/2015. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500118479&dt_publicacao=24/04/2015>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 55.996/BA. Relator: MUSSI, Jorge. Publicação: 26/04/2016. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500169182&dt_publicacao=04/03/2016>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 63.855/MG. Relator: SCHIETTI, Rogério Cruz. Publicação: 13/06/2016. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502348639&dt_publicacao=13/06/2016>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 109.956 / PR. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicação: 11/09/2012. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2709684>>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.501/MT. Relator: AURÉLIO, Marco; Relator para Acórdão: FACHIN, Edson. Publicação: 04/10/2016. Disponível em
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11776626>>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 130.346/SP. Relator: MENDES, Gilmar. Publicação: 14/03/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10482012>>. Acesso em 02 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade nº 43/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicação: 11/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Constitucionalidade nº 44/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicação: 11/10/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4986729>>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Linha sucessória dos ministros*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_quadro_19jan2017.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Linha sucessória dos ministros (ordem de antiguidade)*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jan_2017.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 68.726/DF. Relator: SILVEIRA, Neri da. Publicação: 20/11/1992. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Relator: ZAVASCKI, Teori. Publicação: 17/02/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 11 de outubro de 2016.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 05/01/2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 04/01/2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: Teoria e prática*. 7ª Ed.

Salvador: Juspodivm, 2014.

GUEDES, Fábio dos Santos. *Teoria da imputação objetiva e as prisões provisórias à luz do princípio da não-culpabilidade*. Brasília: Imprima, 2009

IRAHETA, Diego. HuffPost Brasil. *Onda de justiceiros no Brasil: quando a vítima se torna violenta*. Disponível em <http://www.huffpostbrasil.com/2014/02/19/justiceiros-brasil_n_4814569.html>. Atualizado em 26/01/2017. Acesso em 02 de março de 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marco Aurélio. *Ciência e Consciência*. São Paulo: Migalhas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito Constitucional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

PORTER, Michael e; STERN, Scott; GREEN, Michael. *Índice de progresso social 2016*. Resumo executivo. Disponível em <http://www.progressosocial.org.br/wp-content/uploads/2016/07/PT_SPI-2016-Executive-Summary.pdf>. Acesso em 02 de março de 2017.

R7 notícias. *Ação de justiceiros é comum no Brasil*. Disponível em <<http://noticias.r7.com/cidades/fotos/acao-de-justiceiros-e-comum-no-brasil-veja-casos-03032016#!/foto/1>>. Atualizado em 03/03/2016. Acesso em 02 de março de 2017.

SANCHES, Mariana. O Globo. *O que pensa Alexandre de Moraes*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/o-que-pensa-alexandre-de-moraes-20920752>>. Atualizado em 14/02/2017. Acesso em 02 de março de 2017.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medias alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.